

Les Cahiers de droit



Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois

Paule Halley

Volume 39, numéro 1, 1998

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043478ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043478ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Halley, P. (1998). Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois. *Les Cahiers de droit*, 39(1), 3-50. <https://doi.org/10.7202/043478ar>

Résumé de l'article

Le présent article porte sur le développement du phénomène contractuel entre le ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec et les pollueurs. Dans la première partie, l'auteure présente les trois pratiques qui ont cours actuellement: les ententes officielles et les ententes officieuses portant immunité contre les poursuites ainsi que les régimes légaux autorisant les autorités publiques à remplacer des règles de droit par des normes particulières élaborées pour un pollueur. Dans la seconde partie du texte, l'auteure examine de façon critique les avantages recherchés et les inconvénients de l'approche contractuelle eu égard aux finalités objectives de la protection de l'environnement et elle propose une réglementation accrue de ces pratiques de gestion administrative des activités polluantes afin d'atténuer les inquiétudes que suscite le développement actuel de ces pratiques.

Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois*

Paule HALLEY**

Le présent article porte sur le développement du phénomène contractuel entre le ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec et les pollueurs. Dans la première partie, l'auteure présente les trois pratiques qui ont cours actuellement : les ententes officielles et les ententes officieuses portant immunité contre les poursuites ainsi que les régimes légaux autorisant les autorités publiques à remplacer des règles de droit par des normes particulières élaborées pour un pollueur. Dans la seconde partie du texte, l'auteure examine de façon critique les avantages recherchés et les inconvénients de l'approche contractuelle eu égard aux finalités objectives de la protection de l'environnement et elle propose une réglementation accrue de ces pratiques de gestion administrative des activités polluantes afin d'atténuer les inquiétudes que suscite le développement actuel de ces pratiques.

This paper examines the development of the contractual relationship between the Ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec and polluters. In the first part, the author discusses three practices currently in use : agreements both official and unofficial offering immunity from legal action, and legal avenues authorising public authorities to substitute

* La présente étude s'inscrit dans la continuation de travaux déjà entrepris : P. HALLEY, « Les ententes administratives avec les pollueurs en droit de l'environnement », dans J.-P. COLSON et D. LEMIEUX (dir.), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Québec, Institut québécois des hautes études internationales, 1997, pp. 139-157.

** Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval et avocate.

specific standards drafted for polluters in the place of rules of law. The second part of the paper provides a critical examination of the advantages sought and the disadvantages resulting from the contractual approach regarding the ultimate objectives of environmental protection. Lastly, she proposes enhanced regulatory action of the practices aimed at administrative management of polluting activities so as to reduce concerns raised by the current development of these practices.

	<i>Pages</i>
1. Des observations générales sur les ententes administratives en droit de l'environnement : la situation actuelle	7
1.1 L'attitude du législateur à l'égard de la négociation	8
1.1.1 L'entente portant immunité contre les poursuites : le programme d'assainissement	8
1.1.2 L'entente portant immunité de poursuite et substitution de norme légale : l'attestation d'assainissement	14
1.2 La tendance de l'administration publique à favoriser la négociation	19
1.3 Le respect des ententes par les instances judiciaires	22
2. Les ententes négociées et la lutte contre la pollution	25
2.1 Les arguments qui militent en faveur de l'approche contractuelle : l'efficacité administrative, la déréglementation et la conciliation	26
2.1.1 Les contraintes liées à la réglementation de la protection environnementale	27
2.1.2 Un aménagement plus souple des obligations environnementales et l'intégration des préoccupations économiques	30
i) <i>Le choix des moyens et des technologies antipollution</i>	31
ii) <i>L'adoption d'un calendrier d'investissement</i>	32
2.2 Les objections aux régimes actuels des ententes : crédibilité, intégrité, équité et justice environnementale	33
2.2.1 L'atteinte au principe de la primauté du droit	33
2.2.2 Le manque de transparence	35
2.2.3 L'atteinte à l'intégrité du droit de l'environnement	36
2.2.4 Le caractère inéquitable du processus de négociation	37
2.3 Un plaidoyer en faveur d'une réglementation accrue des pratiques contractuelles	38
2.3.1 Les règles de formation des ententes	39
i) <i>L'entente portant immunité de poursuite</i>	41
ii) <i>L'entente portant substitution de norme</i>	43
2.3.2 Les règles d'exécution des ententes	47
Conclusion	48

Le droit de l'environnement québécois possède divers mécanismes de gestion des activités polluantes : la réglementation, la prohibition de polluer, les certificats d'autorisation, les permis d'exploitation, les ordonnances administratives, les rapports annuels, les registres, les ententes administratives, etc. L'évolution récente de ce droit montre que le phénomène des ententes administratives s'est diversifié et intensifié au cours des dernières années. Ce phénomène contractuel mérite attention.

La première pratique contractuelle observée en droit de l'environnement est l'entente portant garantie d'immunité contre les poursuites. Plutôt que de sanctionner les infractions à la loi, l'autorité publique responsable de l'application de la loi s'entend avec un administré sur un programme d'assainissement et sur les modalités d'application de la loi. Ces ententes peuvent être négociées et conclues en l'absence d'habilitations législatives à cet égard : elles se fondent alors sur l'exercice de la discrétion administrative dans l'application des lois. Toutefois, les législatures tendent maintenant à codifier ce pouvoir discrétionnaire et à l'encadrer dans une procédure administrative¹.

D'autre part, la voie administrative est également devenue, pour les pollueurs, un moyen de réduire les irritants rencontrés dans le secteur de la protection environnementale. Les pollueurs recherchent la collaboration des autorités publiques responsables même si celle-ci se situe en marge du régime des ententes portant immunité de poursuite. C'est le cas notamment lorsque l'autorité publique collabore à la détermination des moyens antipollution à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs législatifs. On observe qu'en l'absence d'habilitations législatives l'issue des négociations prend la forme d'une simple approbation ou d'un jugement favorable susceptible, dans l'éventualité d'une poursuite, d'étayer une défense d'erreur ou de diligence raisonnable. Par contre, l'approbation administrative accordée en vertu d'une habilitation législative autorise et justifie les moyens antipollution retenus.

Dans le secteur de l'environnement, l'approche conventionnelle fut récemment poussée un cran plus loin. En effet, on assiste maintenant à

1. Au Québec, voir les articles 116.2 à 116.4 et la section IV.2 « attestation d'assainissement » de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2 (ci-après citée « L.Q.E. ») ainsi que le *Règlement sur les lieux d'élimination de neige*, 129 G.O. 1997.II.5765. Au fédéral, voir l'article 13 de la *Loi permettant de substituer à certains règlements de nouvelles normes et de conclure des accords administratifs pour la réalisation des objectifs*, Projet de loi C-62, (1^{re} lecture), 1^{re} session, 35^e législature (Can.). (Ce projet de loi est mort au feuillet.)

l'émergence de régimes légaux autorisant l'exécutif à modifier les règles de droit applicables à un administré particulier².

D'une manière générale, l'évolution du droit de l'environnement montre que le phénomène conventionnel s'est intensifié. Au Québec, il est en voie de devenir une pratique administrative courante. Dans un document d'orientation, intitulé *Vision stratégique: 2) les choix stratégiques 1996-1998*, le ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec annonce que l'approche réglementaire sera délaissée au profit de nouvelles approches, parmi lesquelles figure l'entente administrative :

Dorénavant, le ministère de l'Environnement et de la Faune interviendra selon une nouvelle approche basée sur une combinaison de moyens préventifs et incitatifs, l'approche réglementaire n'étant considérée qu'en dernier recours et pour des objectifs bien précis.

[...]

Il faut aussi valoriser la responsabilité des entreprises, des individus et des groupes à l'égard de la protection de l'environnement et de la gestion et la mise en valeur de la faune. C'est ainsi, par exemple, que des ententes peuvent être conclues avec des entreprises ou associations crédibles sur des modes d'auto-contrôle ou sur des mécanismes efficaces de protection environnementale qui évitent le recours à un règlement ou à des inspections routinières³.

Enfin, soulignons que toutes les ententes conclues entre l'administration publique et les pollueurs sont issues de négociations privées. La population et les communautés intéressées sont informées des résultats, mais elles ne participent pas à la négociation. À l'évidence, cette nouvelle politique de concertation avec les pollueurs modifie de manière importante la gestion administrative des activités polluantes et les effets de celle-ci.

Le développement de l'approche conventionnelle pose la question fondamentale de savoir si l'émergence de ces pratiques contractuelles contribue au développement du droit de l'environnement. C'est à cette question que s'intéresse la présente étude. Celle-ci tentera, par la même occasion, de faire le point sur ce sujet. Aussi, nous nous proposons de mettre en évidence les pratiques conventionnelles qui ont cours actuellement (section 1) et, ensuite, d'examiner si elles servent de façon appropriée les finalités de la

-
2. Voir les articles 31.15 et 31.15.2 à 31.15.4 L.Q.E. et l'article 2 de la *Loi modifiant la Loi sur l'utilisation des produits pétroliers et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1997, c. 64, qui introduit le Programme privé de vérification d'équipements pétroliers à risques élevés (nouveaux articles 57 à 63) et un régime intitulé « Dérogations aux dispositions réglementaires » (nouveaux articles 64 à 66). Au fédéral, voir l'article 5 de la *Loi permettant de substituer à certains règlements de nouvelles normes et de conclure des accords administratifs pour la réalisation des objectifs*, précitée, note 1.
 3. Ministère de l'Environnement et de la Faune, *Vision stratégique: 2) Les choix stratégiques*, Sainte-Foy, Gouvernement du Québec, 1996, pp. 9-10.

protection juridique de l'environnement (section 2). Au-delà du simple constat, nous voulons également suggérer des pistes de réflexion favorables au développement du droit de l'environnement en proposant des limites et des conditions de réalisation des régimes de négociation entre l'administration publique et les pollueurs. Enfin, soulignons qu'il ne s'agit pas d'une étude exhaustive et que certaines questions, notamment celles relatives aux recours, mériteront d'être approfondies dans une étude ultérieure.

1. Des observations générales sur les ententes administratives en droit de l'environnement : la situation actuelle

Les expressions « entente administrative » et « entente négociée » visent une vaste gamme de pratiques contractuelles entre l'administration publique et les administrés⁴. Le recours à la négociation d'ententes s'étend à plusieurs domaines : la gestion privée d'un service public⁵, la coopération et l'amélioration de la gestion environnementale⁶ ainsi que la détermination des obligations des administrés.

La présente étude ne s'intéresse qu'aux ententes qui déterminent les obligations environnementales des administrés parties à une négociation. Les objets et les effets de cette pratique contractuelle permettent de distinguer trois catégories d'ententes, à savoir l'entente modifiant les normes légales, l'entente accordant une immunité de poursuite et l'approbation des moyens antipollution. Nous présenterons les différentes pratiques contractuelles ayant cours actuellement en droit de l'environnement québécois en mettant l'accent sur les traits caractéristiques de ces ententes administratives et sur l'intérêt qu'elles suscitent chez les différentes instances publiques. À cet égard, les diverses pratiques seront présentées selon qu'elles sont autorisées par le législateur (1.1), mises en œuvre par l'administration publique (1.2) ou sanctionnées par les instances judiciaires (1.3).

4. Nous n'aborderons pas ici les ententes de gestion et de coopération entre les pouvoirs publics. Sur cette question, voir S. ROCHETTE, « Les ententes intergouvernementales au Canada », dans J.-P. COLSON et D. LEMIEUX (dir.), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Québec, Institut québécois des hautes études internationales, 1997, p. 269.

5. D. LEMIEUX, « Les contrats de gestion privée d'un secteur public », dans J.-P. COLSON et D. LEMIEUX (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 179.

6. Ces ententes s'inscrivent dans le cadre du Projet pilote de coopération et de gestion environnementale qui a été mis en œuvre par le ministère de l'Environnement et de la Faune en février 1996 avec la collaboration du Centre patronal de l'environnement et des associations québécoises de fabricants de produits chimiques, pétroliers et d'aluminium.

1.1 L'attitude du législateur à l'égard de la négociation

On observe que la législature québécoise a tendance à privilégier les régimes de gestion administrative qui permettent aux responsables des activités polluantes de négocier avec l'administration publique les travaux propres à éviter le retour d'une infraction, le contenu des normes de rejet et le choix des procédés antipollution. Les exemples qui suivent illustrent cette tendance. Ces régimes législatifs ont en commun de reposer sur la négociation entre l'administration publique et les entreprises polluantes et d'être entourés d'un minimum de publicité et de participation du public. Il s'agit du programme d'assainissement (1.1.1) et de l'attestation d'assainissement (1.1.2).

1.1.1 L'entente portant immunité contre les poursuites : le programme d'assainissement

En 1978, la législature québécoise a introduit dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* (LQE) un régime d'approbation administrative des programmes d'assainissement reposant entièrement sur la négociation entre l'administration publique et le responsable d'une activité polluante. Ce régime, qui s'apparente à la transaction civile⁷, est institué aux articles 116 b. à 116 d. LQE⁸. L'article 116 b. LQE est la seule disposition substantive de ce régime. En 1972, cette disposition se lisait ainsi :

116 b. Aucune poursuite ne peut être intentée et aucun jugement prononcé pour une infraction visée au deuxième alinéa *in fine* de l'article 20 contre le responsable d'une source de contamination, si celui-ci a soumis un programme d'assainissement qui a été approuvé par le Directeur et s'il en respecte fidèlement les exigences et échéances.

L'article 116 b. LQE introduit un régime d'immunité contre les poursuites destiné à protéger certains contrevenants qui s'engagent à exécuter les travaux nécessaires à l'amélioration des performances environnementales de leurs activités et à éviter le retour de l'infraction. L'immunité est personnelle ; elle ne s'étend pas aux coauteurs ni aux complices. L'immunité est statutairement restreinte aux responsables d'une « source de con-

7. La transaction civile est définie à l'article 2631 C.c.Q. : « La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques. » En France, l'article 6 du *Code de procédure pénale* précise que l'action publique s'éteint par transaction lorsque la loi en dispose expressément.

8. *Loi modifiant la Loi de la qualité de l'environnement*, L.Q. 1978, c. 64, art. 43.

tamination⁹ » prohibée par l'article 20 *in fine* LQE, ce qui exclut les infractions aux normes d'émission réglementaires visées dans l'article 20, al. 1 et 2 LQE¹⁰. Cette distinction ressort du libellé de l'article 20 LQE :

Nul ne doit émettre, déposer, dégager ou rejeter ni permettre l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet dans l'environnement d'un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement du gouvernement.

La même prohibition s'applique à l'émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant, dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens¹¹.

La particularité de cette approbation ministérielle réside dans le fait qu'elle étend les effets de l'entente aux tiers en supprimant les recours statutaires et de droit commun des citoyens lésés par les infractions (art. 20 *in fine* LQE) à l'origine de l'entente et par la mise en œuvre du programme d'assainissement¹².

9. Art. 1 (8) L.Q.E. : « *Source de contamination* : toute activité ou tout état de chose ayant pour effet l'émission dans l'environnement d'un contaminant. »

10. Suivant le ministre de l'Environnement de l'époque, M. Marcel Léger, il n'était pas nécessaire d'étendre l'immunité de poursuite aux normes réglementaires : « [L]orsqu'on émet un règlement, il y a toujours des échéances qui suivent le règlement pour permettre à tous ceux qui peuvent être visés par ce règlement d'avoir le temps de s'équiper pour répondre à ce règlement. » QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION PERMANENTE DE L'AMÉNAGEMENT ET DES ÉQUIPEMENTS, *Journal des débats*, p. B-9856 (14 décembre 1978).

11. Art. 20 L.Q.E. Cette disposition énonce trois prohibitions distinctes. Les deux premières visent des émissions de contaminants réglementées. La troisième est résiduaire et ne concerne que les émissions de contaminants qui ne font l'objet d'aucune norme réglementaire : *Alex Couture Inc. c. Piette*, [1990] R.J.Q. 1262, 1268 (C.A.).

12. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION PERMANENTE DE L'AMÉNAGEMENT ET DES ÉQUIPEMENTS, *op. cit.*, note 10, p. B-9855. À ce sujet, voir L. GIROUX, « La Loi sur la qualité de l'environnement : les principaux mécanismes et les recours civils », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement* (1991), Cowansville, Yvon Blais, 1991, vol. 19, p. 1, à la page 29 : « La généralité du terme « poursuite » et sa version anglaise « proceeding » dans l'article 116.2 L.Q.E. permet d'ailleurs de soutenir que l'immunité accordée s'applique à l'encontre d'une poursuite pénale aussi bien qu'à l'encontre d'un recours civil en injonction, que ce soit en vertu du droit commun ou des articles 19.1 à 19.7 L.Q.E. »

Plusieurs fois modifiée depuis son adoption¹³, cette disposition est remplacée en 1988¹⁴ par une disposition laconique dont les termes n'en modifient pas l'objet mais étendent sa portée. Depuis, l'article 116.2 L.Q.E. se lit comme suit :

Le responsable d'une source de contamination qui ne provient pas de l'exploitation d'un établissement industriel visé à l'article 31.10 peut soumettre au ministre un programme d'assainissement pour approbation.

En reprenant les expressions « responsable d'une source de contamination » et « programme d'assainissement », le nouvel article 116.2 LQE vise les mêmes personnes et transaction qu'en 1978, sauf quant à l'exclusion des industries assujetties à un autre régime de négociation par l'intermédiaire de l'article 31.10 LQE. La portée du régime est toutefois modifiée. En l'absence de référence à l'article 20 *in fine* LQE, il s'étend dorénavant à l'ensemble des émissions illégales de contaminants, qu'elles soient réglementées ou non. Toutefois, l'immunité de poursuite accordée au titulaire de l'approbation ministérielle n'est plus aussi générale qu'en 1978. L'immunité lie les parties, mais elle ne s'étend pas aux coauteurs, aux complices et aux lois québécoises qui ne sont pas visées par l'entente¹⁵ pas plus qu'aux lois fédérales¹⁶. L'entente ne lie les tiers que si la loi en dispose expressément ou par implication nécessaire. Actuellement, le programme d'assainissement étend ses effets au recours à l'injonction statutaire¹⁷ et aux poursuites

-
13. Cette disposition a subi des modifications de forme en 1979 et en 1982 : L.Q. 1979, c. 64, art. 49 et L.Q. 1982, c. 25, art. 15. Avant les modifications de 1988, l'article 116.2 L.Q.E. se lisait comme suit : « Aucune poursuite ne peut être intentée pour une infraction à l'article 20 relativement à l'émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens, contre le responsable d'une source de contamination, dans le cas où celui-ci a soumis un programme d'assainissement qui a été approuvé par le sous-ministre et dans la mesure où il en respecte fidèlement les exigences et échéances. »
 14. *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1988, c. 49, art. 28. Sur ce régime, voir : L. GIROUX, « L'approche législative : ses tendances et ses limites selon l'expérience du Québec », (1992) 2 J.E.L.P. 55, 61-65 ; P.R. GRANDA, « Les fabriques de pâtes et papiers : premières victimes de l'attestation d'assainissement », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement* (1994), Cowansville, Yvon Blais, 1994, vol. 55, p. 223, aux pages 248-249.
 15. Selon nous, une entente particulière conclue avec l'État n'a pas pour effet de dégager l'administré de l'ensemble de ses obligations légales.
 16. Une entente conclue avec la Couronne provinciale n'a pas pour effet de lier la Couronne fédérale : R. c. *Rayonier*, (1974) 1-II F.P.R. 25 (B.C. Prov. Ct.) ; R. c. *Cyanamid Canada inc.*, (1981) 3 F.P.R. 151, 11 C.E.L.R. 31 (Ont. Prov. Ct.).
 17. Art. 19.7 L.Q.E.

pénales privées¹⁸, mais il est sans effet sur les recours des tiers fondés sur le droit commun¹⁹. De plus, il restreint d'autant le droit à la qualité environnementale accordé à toute personne par l'article 19.1 LQE.

L'approbation d'un programme d'assainissement n'est possible que si l'activité est la source d'une contamination de l'environnement ; c'est la situation d'infraction à réformer²⁰. De plus, l'approbation du ministre doit être donnée non pas sur le seul principe de l'entente mais sur son contenu concret. Par ailleurs, l'immunité contre les poursuites ne résulte pas de l'approbation mais de l'exécution du programme d'assainissement. Si les travaux convenus ne sont pas complètement exécutés suivant les conditions de l'entente, l'administré peut faire l'objet d'une poursuite pénale²¹. Enfin, l'exécution du programme par l'auteur de l'infraction emporte l'extinction de l'action publique sur les délits à l'origine de la transaction²².

Il s'agit d'un régime volontaire : le responsable d'une source de contamination peut de sa propre initiative soumettre au ministre un programme destiné à remédier à une situation d'infraction née ou anticipée. En pratique, la recherche d'une solution de rechange à la responsabilité de l'exploitant est nécessairement marquée par une négociation sur les moyens à mettre en œuvre pour éviter le retour de l'infraction²³.

-
18. Pour l'administré, le respect d'un programme d'assainissement autorisé par l'administration publique constitue un fait justificatif qui permet de repousser une poursuite pénale privée ou publique : *R. c. United Disposals Inc.*, (1994) 14 C.E.L.R. (n.s.) 78, 83-84 (Ont. Prov. Div.). De plus, la théorie de l'abus de procédure permet au tribunal de suspendre une poursuite pénale entreprise par l'administration publique : *Boise Cascade Canada c. La Reine*, (1995) 17 C.E.L.R. (n.s.) 276, 284 (Ont. C.A.). Enfin, le procureur général peut se substituer au poursuivant privé et mettre fin à toute procédure ou s'abstenir de présenter quelque preuve : *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, art. 11.
 19. Citons, à titre d'exemple, le recours fondé sur les troubles de voisinage (articles 7 et 976 du *Code civil du Québec*) et le recours à l'injonction (articles 751 à 759 du *Code de procédure civile*).
 20. L'émission qui ne respecte pas un des trois volets de l'article 20 L.Q.E. constitue une source de contamination : art. 1 « contaminant », art. 20 et 31 L.Q.E.
 21. Art. 106, al. 2 c) L.Q.E. Voir : *Procureur général du Québec c. Novi-Pêches (1987) Inc.*, C.S.P. Bonaventure, n° 105-27-001514-884, 30 novembre 1989, j. Bécu ; *Procureur général du Québec c. Abattoirs Lac St-Jean Inc.*, C.S.P. Chicoutimi, n° 160-27-000499-884, 30 novembre 1988, j. Vaillancourt.
 22. L'exécution du programme n'emporte pas l'extinction de l'action publique si l'approbation ministérielle est révoquée conformément aux articles 122.1 et 122.3 L.Q.E. et que la contravention à l'origine de l'entente n'est pas prescrite (deux ans, art. 110.1 L.Q.E.).
 23. Voir : L. GIROUX, *loc. cit.*, note 14, 60-61 ; P.R. GRANDA, *op. cit.*, note 14, p. 250. Suivant le *Manuel des opérations du Secteur industriel* du MEF (annexe 2.15 : « Procédure d'approbation d'un programme d'assainissement des eaux en vertu de l'art. 116.2 »), le programme d'assainissement est négocié et établi conjointement par le MEF et le promoteur avant que la demande d'approbation de l'article 116.2 ne soit déposée.

Ce régime de négociation entre le pollueur et l'administration publique n'est que sommairement encadré par la loi. Une fois saisi, le ministre est tenu d'examiner la demande de manière équitable et suivant les prescriptions des articles 116.3 et 116.4 LQE et de la *Loi sur la justice administrative*²⁴. On peut en appeler de la décision du ministre devant le Tribunal administratif du Québec s'il exige une modification à la demande ou s'il refuse ou révoque une approbation²⁵. Enfin, la loi prévoit les modalités de modification et de révocation des ententes pour chacune des parties²⁶. La durée et le renouvellement des ententes sont laissés à la discrétion des parties.

Le gouvernement n'a réglementé les programmes d'assainissement que d'un seul secteur d'activité. Entré en vigueur en septembre 1997, le *Règlement sur les lieux d'élimination de neige* dispose que les neiges usées ne peuvent être déposées définitivement ailleurs que dans un lieu d'élimination pour lequel un certificat d'autorisation de l'article 22 LQE ou un programme d'assainissement a été délivré²⁷. L'exploitant d'un lieu d'élimination déjà établi, mais non autorisé par l'article 22 LQE, bénéficie d'un délai de deux ans (15 septembre 1999) pour faire approuver un programme d'assainissement. Durant cette période, il peut continuer ses activités. Les programmes à venir doivent être achevés au plus tard le 1^{er} novembre 2002²⁸.

Toutefois, l'exploitant d'un lieu d'élimination de neige déjà établi sur la rive d'un cours d'eau n'avait que jusqu'au 1^{er} novembre 1997 pour faire approuver un programme d'assainissement, en vertu duquel le déversement à cet endroit devra cesser au plus tard le 1^{er} novembre 2000. Ce dernier devra s'acquitter des droits annuels calculés en fonction du volume de neige déversé²⁹. Notons que, le 11 mars 1998, le Registre public du ministère de l'Environnement et de la Faune (art. 118.5 LQE) ne rapportait qu'une seule approbation de dépotoir à neige et cinq demandes en traitement. Le non-respect de l'échéance du 1^{er} novembre 1997 constitue une infraction pour la quarantaine de municipalités assujetties à cette obligation. Les journaux nous informent que le gouvernement a reporté cette échéance dans une

24. *Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1996, c. 54, art. 2-8. Ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} avril 1998 : D. 1524-97, 129 G.O. 1997.II.7361.

25. Art. 96, al. 2 L.Q.E.

26. Art. 122.1-122.4 L.Q.E.

27. *Règlement sur les lieux d'élimination de neige*, précité, note 1, art. 1.

28. *Ibid.*

29. *Id.*, art. 2 et 3.

entente intervenue avec l'Union des municipalités du Québec, sans avoir modifié le règlement en conséquence³⁰.

Une fois les négociations terminées, l'entente à intervenir fait l'objet de peu de publicité. Cette publicité, qui peut être confinée à la région où se trouve la source de contamination³¹, est suivie d'un délai de quinze jours pendant lequel toute personne, groupe ou municipalité peut consulter le dossier de la demande et soumettre des représentations au ministre³². Ce dernier ne peut approuver l'entente avant la fin de ce délai³³. Les programmes d'assainissement soumis ou approuvés sont, conformément à l'article 118.5 LQE, inscrits dans un registre accessible au public. En application de l'article 118.4 LQE, le public peut obtenir certaines informations relatives aux émissions de contaminants dans l'environnement liées à un programme d'assainissement si elles sont en possession du Ministère³⁴.

Dans le cadre législatif actuel, le régime des ententes négociées constitue une solution de rechange à la responsabilité des exploitants. Pour l'administration publique, l'intérêt de ce régime réside dans la possibilité de prescrire et de surveiller l'exécution des travaux de restauration des milieux et l'installation des équipements industriels utiles à la prévention des infractions environnementales. Dans ses effets, le régime des ententes s'apparente à une sanction administrative.

30. M. PELCHAT, « Neiges usées : plusieurs municipalités implorent la clémence de Québec », *La Presse* [de Montréal] (23 octobre 1997) A1 et M. PELCHAT, « Déversement de neiges usées dans les cours d'eau : Québec offre un répit de deux ans », *La Presse* [de Montréal] (24 octobre 1997) A4.

31. En vertu de l'article 116.3 L.Q.E., celui qui sollicite une approbation doit faire publier à deux reprises un avis de sa demande dans un quotidien distribué dans la région où se trouve la source de contamination. À la demande du ministre, la municipalité doit mettre le dossier de la demande d'approbation à la disposition du public pendant une période de quinze jours.

32. Art. 116.4, al. 1 L.Q.E.

33. Art. 116.4, al. 2 L.Q.E. Les sous-ministres, directeurs généraux, directeurs généraux adjoints, directeurs et directeurs régionaux sont autorisés à signer les documents relatifs à la délivrance d'un programme d'assainissement : *Loi sur le ministère de l'Environnement et de la Faune*, L.R.Q., c. M-15.2.1, art. 4 et *Règles sur la signature de certains documents du ministère de l'Environnement et de la Faune*, R.R.Q., 1981, c. M-15.2.1, r. 1, art. 3 (1).

34. Les articles 118.4 et 118.5 L.Q.E. ne donnent pas automatiquement un droit d'accès au contenu des documents inscrits sur le registre ou en possession du Ministère. Sur ce sujet, voir : L. GIROUX, « Où s'en va le droit québécois de l'environnement ? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement* (1997), Cowansville, Yvon Blais, 1997, vol. 90, p. 381, aux pages 425 et 428 ; *Goodfellow c. Goulet*, [1995] C.A.I. 444 (C.Q.), infirmé par [1990] C.A.I. 163 ; *Récupération Portneuf Inc. c. Ministère de l'Environnement*, [1991] R.J.Q. 549 (C.Q.) ; *Cogénération Kingsey c. Burcombe*, [1996] C.A.I. 413 (C.Q.).

En pratique, plus de 400 programmes, visant principalement l'assainissement des effluents liquides, ont été soumis, négociés et menés à terme depuis 1978³⁵. Le Registre public actuel est informatisé depuis 1987. Le 11 mars 1998, on y dénombrait 37 approbations de programmes d'assainissement : 2 abattoirs, 9 entreprises laitières, 4 usines de transformation de poissons, 3 établissements industriels de produits alimentaires, 8 manufactures (meubles, textiles, teintures, céramique et briques), 3 aciéries, 5 usines de transformation, 1 dépotoir à neige, 1 papetière et des autorisations de décharges industrielles dans les réseaux d'égout publics.

Malgré l'intérêt manifesté pour ce régime de négociation, il n'est pas dépourvu d'inconvénients pratiques. Dans la mesure où les négociations sur le programme à intervenir ne sont pas interruptives de la prescription, il existe un risque réel d'extinction des moyens d'action de l'administration publique. D'une manière plus générale, la négociation d'immunité constitue un outil de gestion administrative critiquable. Nous verrons que cela tient à son caractère dérogoire aux principes généraux de la primauté du droit, de l'égalité et de la responsabilité (*infra*, section 2.2).

1.1.2 L'entente portant immunité de poursuite et substitution de norme légale : l'attestation d'assainissement

En 1988, le législateur québécois a introduit dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* un nouveau régime administratif autorisant de façon plus explicite et large la négociation des normes environnementales³⁶. Mis en vigueur cinq ans plus tard³⁷, le régime de l'attestation d'assainissement s'applique aux seuls secteurs industriels déterminés par décret du gouvernement³⁸. Les industries visées sont soustraites à l'application de l'article 116.2 LQE³⁹. À ce jour, seule l'industrie des pâtes et papiers a été

35. L. GIRoux, « La protection juridique du fleuve Saint-Laurent », (1991) 32 C. de D. 1027, 1059 : « [D]epuis 1978, environ 400 programmes d'assainissement ont été soumis, négociés et menés à terme ». De 1987 à aujourd'hui, le Registre informatisé du ministère de l'Environnement et de la Faune compte 78 nouvelles demandes d'approbation.

36. *Loi modifiant la Loi sur la protection de l'environnement et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 14.

37. La loi de 1988 et les modifications de 1991 (L.Q. 1991, c. 30) sont entrées en vigueur le 28 avril 1993 : D. 600-93, 125 G.O. 1993.II.3370.

38. Art. 31.10 L.Q.E.

39. Art. 116.2 L.Q.E. Toutefois, l'article 129.1 L.Q.E. précise que les dispositions d'un programme d'assainissement délivré en vertu de l'article 116.2 L.Q.E. continuent d'avoir effet dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les éléments contenus dans une attestation d'assainissement.

soumise par décret du 26 mai 1993 à la procédure de l'attestation d'assainissement⁴⁰.

Ce régime se distingue de celui de l'article 116.2 LQE, puisqu'il est obligatoire, qu'il désigne les industries assujetties, détermine l'objet de la négociation et l'encadre dans une procédure d'autorisation générale. Sans entrer dans le détail de ce régime technique, nous en présenterons les éléments essentiels⁴¹.

Soulignons qu'en vertu de la procédure prescrite les industries assujetties doivent impérativement soumettre au ministre une demande d'attestation d'assainissement dans un délai de six mois suivant l'entrée en vigueur du décret d'assujettissement⁴². L'attestation d'assainissement délivrée par le ministre contient des éléments obligatoires⁴³ et peut également comporter des éléments facultatifs⁴⁴. La négociation s'opère sur le contenu facultatif de l'attestation d'assainissement. Plus particulièrement, les articles 31.15 à 31.15.4 et 31.26 LQE habilite le ministre à autoriser dans l'attestation d'assainissement la poursuite d'activités industrielles en marge des règles de droit. Les pouvoirs du ministre sont étendus. Il peut notamment :

- 1) prescrire des normes de rejet différentes de celles prescrites par règlement, s'il les juge insuffisantes pour assurer une qualité adéquate de l'environnement pour la protection et la sécurité des personnes, de la faune ou de la végétation (art. 31.15, al. 1 et 2) ;
- 2) reporter l'application d'une norme relative au rejet de contaminants définie par règlement pour une période d'au plus trois ans, lorsqu'elle interfère avec la mise en œuvre d'une norme de rejet négociée (art. 31.15, al. 3 et 4) ;
- 3) modifier une attestation afin de reporter l'application d'une nouvelle norme relative au rejet de contaminants adoptée par règlement pour

40. *Décret concernant les catégories d'établissements visées par l'article 31.10 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, D. 602-93, 125 G.O. 1993.II.3563.

41. Pour une présentation détaillée de ce régime, voir P.R. GRANDA, *op. cit.*, note 14. Voir aussi M. BÉLANGER, « Lorsque le contrôle de la pollution devient volontaire », dans C. GENDRON et M. PROVOST (dir.), *Entreprise et développement durable*, Montréal, Les Cahiers scientifiques 88 (ACFAS), 1996, p. 73, aux pages 78-84.

42. Art. 31.16 L.Q.E. ; et l'article 5 du *Règlement sur les attestations d'assainissement en milieu industriel*, D. 601-93, 123 G.O. 1993.II.3377. Des frais d'examen de 6 600 \$ sont payables lors du dépôt de la demande.

43. Art. 31.12 L.Q.E. L'attestation d'assainissement doit contenir la description des activités, la liste des règlements et des normes de rejet applicables à l'entreprise, les méthodes de contrôle, de surveillance et de calcul des émissions et des échantillons et les normes d'installation et d'opération des équipements de mesure des émissions.

44. Art. 31.13 L.Q.E.

une période d'au plus trois ans, lorsqu'elle interfère avec les exigences et échéances d'une norme de rejet négociée (art. 31.26, al. 3-5) ;

- 4) reporter l'application d'une norme relative au rejet de contaminants définie par règlement pour une période d'au plus deux ans, afin de permettre à une entreprise qui y contrevient d'exécuter un programme correcteur (art. 31.15.1)⁴⁵ ;
- 5) prescrire un plan de gestion de déchets produits par l'établissement industriel ou situés sur son site (art. 31.15.2) ;
- 6) prescrire des exigences supplémentaires relatives au contrôle et à la surveillance des rejets de contaminants et aux modalités de transmission des résultats lorsqu'il juge que les méthodes et normes réglementaires sont insuffisantes pour assurer un contrôle public approprié (art. 31.15.3) ;
- 7) prescrire les mesures nécessaires pour prévenir la présence accidentelle d'un contaminant dans l'environnement, les mesures d'urgence qui doivent être prises et l'obligation d'effectuer des études sur la provenance et le contrôle des émissions et de la contamination ainsi que sur les risques d'accident et les risques toxicologiques (art. 31.15.4).

Nous proposons de classer les pouvoirs du ministre en deux catégories distinctes suivant qu'ils l'habilitent à prescrire des obligations différentes des normes légales ou à reporter l'application des normes légales. Privilégiant une terminologie large et uniforme, nous nommerons les ententes à intervenir respectivement « entente portant substitution de norme » et « entente portant immunité de poursuite ».

Ainsi, suivant la terminologie proposée ci-dessus, nous classerons dans la première catégorie les pouvoirs énumérés aux énoncés 1, 5, 6 et 7 : ils ont en commun d'habiliter le ministre à modifier les obligations légales d'un administré. Plus particulièrement, le ministre peut intensifier certaines prescriptions réglementaires existantes et créer celles qui font défaut (énoncés 1 et 6) ; substituer aux règlements sur les déchets⁴⁶ un programme privé de gestion des déchets (énoncé 5) ; et déterminer les modalités de réalisation des obligations de diligence raisonnable imposées par les règles de droit en modifiant ainsi l'intensité et la flexibilité de ces normes (énoncé 7). Les

45. Art. 31.15.1, al. 4 L.Q.E. Le programme correcteur ne s'applique pas aux entreprises dont les activités ont débuté après l'entrée en vigueur du décret d'assujettissement ou pour lesquelles une attestation a déjà été délivrée.

46. *Règlement sur les déchets solides*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 14 ; *Règlement sur les déchets biomédicaux*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 3.001 ; *Règlement sur les déchets dangereux*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 3.01 ; *Règlement sur les matières dangereuses*, D. 1310-97, 129 G.O. 1997.II.6681.

pouvoirs énumérés aux énoncés 2 à 4 entrent, quant à eux, dans la seconde catégorie. Ceux-ci autorisent le ministre à reporter temporairement l'effet de la loi pour certains délits. C'est le cas si une norme légale de rejet entre en conflit avec la mise en œuvre des normes de rejet privées (énoncés 2 et 3) ou si le pétitionnaire contrevient à une norme légale de rejet à l'époque de l'entrée en vigueur du décret d'assujettissement (énoncé 4).

Le public est absent des négociations entourant la détermination des régimes particuliers attribués dans l'attestation d'assainissement ; son droit de faire des représentations au ministre n'intervient qu'après que la décision de ce dernier est signifiée à l'entreprise. De plus, la loi n'accorde au public qu'un droit à l'information limité avant et après la délivrance de l'attestation⁴⁷.

L'attestation est délivrée pour une période d'au moins cinq ans⁴⁸, mais elle peut être modifiée ou révoquée à la demande du titulaire ou à l'instigation du ministre⁴⁹. Des droits annuels sont exigibles de chaque titulaire⁵⁰. L'attestation est renouvelable à l'échéance. Le titulaire doit faire une nouvelle demande en suivant à peu près la même procédure que lors de la demande initiale⁵¹. Il est possible d'en appeler de la décision du ministre devant le Tribunal administratif du Québec lorsqu'il refuse de délivrer ou qu'il modifie, suspend ou révoque une attestation d'assainissement ou s'il refuse de la modifier ou de la révoquer à la demande du titulaire⁵².

47. Art. 31.19-31.21 L.Q.E. Le public ne dispose que de 45 jours pour prendre connaissance du dossier et faire des représentations au ministre. Ce délai court à compter de l'avis d'intention du ministre qui n'est publié qu'une seule fois dans un quotidien ou un hebdomadaire diffusé dans la région où se trouvent les activités visées par l'attestation. Le dossier de la demande soumis à la consultation publique est épuré de l'information relative à la capacité de production nominale quotidienne et annuelle de l'entreprise en cause (art. 31.21 L.Q.E. ; et article 7 du *Règlement sur les attestations d'assainissement en milieu industriel*, précité, note 42). Enfin, les articles 118.4 et 118.5 L.Q.E. accordent au public un droit d'accès à l'information restreint, voir sur ce sujet : *supra*, note 34.

48. Art. 31.27 L.Q.E. L'attestation est délivrée pour une période de dix ans lorsque l'entreprise visée a commencé ses activités après l'entrée en vigueur du décret d'assujettissement.

49. Art. 31.25, 31.26, 31.29 et 31.31 L.Q.E.

50. Articles 12 et 13 du *Règlement sur l'attestation d'assainissement en milieu industriel*, précité, note 42. Les frais sont fixés pour chaque établissement industriel à 2 000 \$ auxquels s'ajoutent des montants variant selon la quantité et la nature des contaminants émis dans l'environnement.

51. Art. 31.27, al. 3 et 31.28 L.Q.E. ; et article 5 du *Règlement sur les attestations d'assainissement en milieu industriel*, précité, note 42.

52. Art. 96, al. 2 L.Q.E.

L'entreprise qui respecte les conditions de son attestation jouit alors d'une autorisation de polluer qui la met à l'abri des poursuites de l'administration publique⁵³. La loi prévoit des sanctions pour le non-respect de l'attestation et de la procédure administrative⁵⁴. Pour les tiers, le recours à l'injonction statutaire est irrecevable, en vertu de l'article 19.7 LQE, et la défense d'autorisation administrative justifie la conduite polluante de l'industriel respectueux des conditions de son attestation d'assainissement⁵⁵. Toutefois, les recours de droit commun restent disponibles⁵⁶.

Dans l'ensemble, le régime de l'attestation d'assainissement institue la négociation comme mode de gestion administrative de la qualité environnementale⁵⁷. Pour les administrés, ce régime fait disparaître des irritants rencontrés dans le secteur de la protection de l'environnement en conciliant leurs besoins de précision et de sécurité⁵⁸. Plus particulièrement, cette procédure de permis est l'occasion de valider le détail des pratiques industrielles, le choix des équipements et l'échéancier de réalisation et d'investissement.

Pour l'administration publique, ce régime, introduisant le principe de la gestion intégrée de la pollution, fait écho aux critiques formulées à l'encontre de l'approche sectorielle des lois environnementales dans le rapport Brundtland et aux recommandations de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)⁵⁹. En effet, ce régime se distingue par son approche globale du contrôle de la pollution d'une entreprise puisque l'ensemble des émissions et des risques environnementaux ne fait l'objet que d'une seule démarche administrative. L'administration publique entend utiliser largement ce régime. En plus des 59 fabriques de pâtes et papiers déjà assujetties, le Ministère prévoit lui soumettre les mines, la métallurgie, la chimie organique et inorganique (environ 211 entreprises) ainsi que l'industrie du revêtement de surface, l'exploration minière, les fonderies et la pétrochimie tertiaire (environ 368 entreprises)⁶⁰.

Toutefois, un tel régime ne constitue pas une panacée en matière de gestion administrative : il apparaît peu efficace en ce qui concerne les délais

53. Art. 31.11 et 31.30 L.Q.E.

54. Art. 106 et 106.1 L.Q.E.

55. Art. 19.2-19.6 L.Q.E. et *supra*, note 18 et le texte correspondant.

56. *Supra*, note 19 et le texte correspondant.

57. *Supra*, note 14 et le texte correspondant.

58. Sur cette question : *infra*, section 2.1.2 « Un aménagement plus souple des obligations environnementales et l'intégration des préoccupations économiques ».

59. COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, *Notre avenir à tous*, Montréal, Éditions du Fleuve, pp. 372-374 ; OCDE, *Prévention et contrôle de pollution intégrés* (monographie n° 37), avril 1992.

60. Voir : P.R. GRANDA, *op. cit.*, note 14, p. 246.

et exigeant pour les ressources humaines du Ministère. Rappelons qu'à ce jour (mars 1998) aucune attestation d'assainissement n'a été délivrée par le ministre. Contraintes de soumettre une demande avant le 26 novembre 1993, les fabriques de pâtes et papiers négocient depuis les conditions de l'attestation à intervenir avec les fonctionnaires du Ministère. Le huis clos entourant ces négociations ne nous permet pas d'examiner les raisons particulières de ce retard et d'illustrer concrètement les limites du régime.

1.2 La tendance de l'administration publique à favoriser la négociation

La conciliation des intérêts de la protection de l'environnement et du développement économique occupe une place importante dans la stratégie des autorités administratives provinciales. En effet, la conciliation est à l'origine d'une véritable politique contractuelle par laquelle l'administration publique recherche non plus seulement la régularisation des situations d'infraction sans avoir à utiliser des sanctions autoritaires et à recourir au pouvoir judiciaire, mais également la formulation de nouvelles normes élaborées en marge des procédures législative et réglementaire.

En droit de l'environnement, on observe que l'administration publique affectionne également les ententes officieuses conclues en marge des régimes législatifs de négociation⁶¹. Cette tendance s'observe au niveau tant fédéral que provincial et sa pratique s'étend de la gestion des activités polluantes à la protection des ressources. En règle générale, les ententes officieuses conclues avec des administrés constituent une manifestation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des administrations publiques dans l'exécution des lois qu'elles sont chargées d'administrer⁶². Les ententes de ce type englobent une grande variété de situations conflictuelles. Ici, nous distinguerons trois catégories de circonstances où l'administration publique a tendance à privilégier la négociation avec les pollueurs.

Il s'agit d'abord des cas où le cadre formel de négociation de la loi (art. 116.2-116.4 LQE) apparaît, dans les circonstances, trop exigeant en matière de délais et de démarches administratives pour assurer la mise en œuvre rapide des solutions utiles à la protection environnementale. L'entente peut être issue d'une promesse administrative. C'est le cas des délais

61. *Supra*, section 1.1 « L'attitude du législateur à l'égard de la négociation ».

62. Voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'immunité contre les poursuites*, Document de travail 64, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992, pp. 3-4 et 23-29 ; R. c. *Betesh*, (1975) 30 C.C.C. (2^e) 233 (Ont. C. Ct.), 243 : « Il est clair que le procureur général a non seulement le pouvoir de poursuivre quelqu'un, mais aussi celui de choisir sous quels chefs d'accusation il va le poursuivre. Il a en outre le droit d'abandonner des poursuites déjà entamées, et le droit concomitant ou analogue de renoncer à poursuivre une personne pour des infractions qu'elle aurait commises. »

de sursis consentis par l'entremise d'un avis d'infraction informant le contrevenant que des poursuites pourront être entreprises s'il ne remédie pas à la situation d'infraction dans un délai déterminé⁶³. Dans d'autres circonstances, les délais administratifs inhérents à un régime de négociation statutaire peuvent être trop longs pour qu'un projet particulier puisse se réaliser en temps opportun⁶⁴. Ainsi, dans l'affaire *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and the Queen*, le programme d'assainissement des effluents de la papetière fut approuvé par l'administration publique ontarienne en marge du régime légal parce que l'approbation officielle ne pouvait être obtenue avant la fin de l'échéancier d'exécution du programme d'assainissement. Soulignons que le pouvoir d'accorder une immunité de poursuite est une prérogative de l'exécutif qui n'est pas restreinte par le fait que ce pouvoir est établi dans une loi⁶⁵.

Il s'agit, ensuite, des cas où l'administration publique remanie, par l'intermédiaire de sa gestion administrative, les normes environnementales applicables à un secteur particulier d'activités polluantes. On a observé cette forme d'entente dans le secteur des pâtes et papiers. Par exemple, le premier règlement applicable à cette industrie énonçait des normes journalières et mensuelles d'émission⁶⁶. L'examen de la jurisprudence démontre l'existence d'une entente par laquelle les autorités administratives ont convenu de n'exiger que le respect de la norme mensuelle et de ne pas appliquer la norme quotidienne d'émission⁶⁷. Une entente comparable existait dans ce secteur avant l'entrée en vigueur du règlement⁶⁸. Enfin, une

63. *Procureur général du Québec c. Balmet Canada Inc.*, J.E. 93-1102 (C.Q.). Les bonnes relations entre le ministère de l'Environnement et de la Faune et un pollueur ne constituent pas une promesse implicite qu'aucune poursuite ne sera entreprise : *Procureur général du Québec c. Les Industries Trémus Ltd.*, C.Q. Beauharnois, n° 760-27-003103-902, 7 février 1992, j. Villeneuve, pp. 29-30.

64. *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and the Queen*, (1979) 99 D.L.R. (3d) 333, 47 C.C.C. (2d) 487 (Ont. C.A.); *Biron Creek Collieries Ltd. c. The Queen*, (1978) 2 F.P.R. 186 (B.C. Prov. Ct.).

65. *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and the Queen*, précité, note 64. Voir également : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La lutte contre la pollution au Canada : la réglementation des années quatre-vingt, document d'étude*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1988, p. 53 et COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, pp. 24-25.

66. *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 12, remplacé par : D. 1353-92, 124 G.O. 1992.II.6035.

67. *Procureur général du Québec c. Domtar inc.*, C.Q. Roberval, n° 155-27-001024-897, 8 juillet 1991, j. Abud, pp. 9, 22. La fabrique fut acquittée pour un autre motif que le respect de cette entente.

68. *Piette c. Consolidated Bathurst Inc.*, J.E. 83-954 (C.S.), confirmant J.E. 82-907 (C.S.P.). La fabrique fut acquittée pour plusieurs motifs, dont celui fondé sur le respect de bonne foi de la norme trimestrielle de rejet autorisée par le ministre.

entente reportant une échéance réglementaire existe entre le gouvernement et les municipalités dans le secteur des dépotoirs à neige⁶⁹. Il est possible de faire une distinction entre le pouvoir de dispense qui s'exprime ici par le fait de s'abstenir d'appliquer certaines dispositions à un groupe de pollueurs et le pouvoir d'accorder une immunité de poursuite dans des cas particuliers : le pouvoir de dispense en faveur de l'exécutif n'existe pas au Canada⁷⁰.

Il s'agit, enfin, des cas où la négociation n'a pas pour objet de remanier les obligations légales pour une période donnée mais de préciser comment respecter les normes antipollution. Cette situation se présente lorsque le respect des normes environnementales devient une source d'insécurité et d'inquiétude pour les responsables des activités polluantes. Dans ces circonstances, les pollueurs chercheront davantage à avoir l'assentiment des autorités administratives sur les moyens et les méthodes de contrôle de la pollution à mettre en œuvre pour respecter la loi environnementale. Ici, il ne s'agit pas d'une véritable transaction : l'administration publique ne s'engage à rien, elle collabore plutôt à la recherche de solutions propres à contrôler les risques de pollution. Pour l'administré, la mise en œuvre des moyens retenus est toutefois susceptible d'étayer une défense de diligence raisonnable.

L'exemple de la collaboration intervenue entre la compagnie Minéraux Noranda et le ministère de l'Environnement illustre l'intérêt pour un administré de s'entendre sur les moyens antipollution à mettre en œuvre⁷¹. La Minéraux Noranda exploite en Abitibi une des plus grosses fonderies de cuivre au monde. En 1986, elle n'était pas en mesure de se conformer en tout temps aux nouvelles normes d'émission atmosphérique adoptées par règlement du gouvernement⁷². Afin de respecter ces dernières obligations environnementales, la fonderie était tenue de prendre tous les moyens raisonnables pour prévenir un dépassement des normes prescrites. Il s'agit ici d'une obligation de moyen qui renvoie au standard abstrait de la personne raisonnable et prudente⁷³. Ce standard abstrait inquiétait les dirigeants de la fonderie, car la mise en œuvre des moyens antipollution exigeait des investissements importants sans pour autant garantir le respect

69. *Supra*, note 30 et le texte correspondant.

70. *R. c. Catagas*, (1977) 38 C.C.C. (2^e) 296, 301 (Man. C.A.). Voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, pp. 26-27. Voir également, *infra*, note 114 et le texte correspondant.

71. *Procureur général du Québec c. Minéraux Noranda Inc.*, J.E. 92-242 (C.Q.).

72. *Règlement sur la qualité de l'atmosphère*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, art. 91.1.

73. *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1326 : « Ceci [la défense de diligence raisonnable] comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. »

des obligations environnementales⁷⁴. Des négociations suivies eurent lieu entre les dirigeants de la fonderie et les hautes instances du Ministère. La Minéraux Noranda présenta au ministre un code d'exploitation et un manuel d'opération du système de contrôle des émissions d'anhydride sulfureux. Ce dernier les approuva parce que, selon son ministère, les techniques retenues étaient conformes à la norme de diligence exigée par la loi. Ultérieurement, un tribunal arriva à la même conclusion et acquitta la fonderie des poursuites pénales entreprises contre elle⁷⁵.

En définitive, ces trois techniques de réaménagement des obligations environnementales ont en commun de reposer sur la négociation entre les responsables des établissements polluants et l'administration publique. D'autre part, la négociation en marge du cadre légal est entièrement secrète et ne prévoit aucun mécanisme de consultation et d'information du public. Soulignons toutefois que, pour les administrés, ces différentes ententes ne produisent pas toutes les mêmes effets et n'accordent pas la même protection contre les poursuites. Enfin, nous verrons plus loin que les régimes de négociation sont susceptibles de devenir un outil de gestion courante dans le secteur de la protection de l'environnement.

1.3 Le respect des ententes par les instances judiciaires

L'approche « clientèle » et la tendance à la conciliation et aux rapports normatifs négociés entre les pollueurs et l'administration publique reçoivent peu d'échos dans la sphère judiciaire. Étant donné qu'elles ont pour objet de régulariser les situations d'infraction ou susceptibles de l'être par la négociation, les ententes administratives se présentent rarement devant les instances judiciaires. Aussi l'examen de la jurisprudence ne permet-elle que d'élucider partiellement les règles fondamentales gouvernant le régime des ententes administratives. Il en ressort néanmoins que, hormis les cas où la loi en dispose autrement ou par implication nécessaire, l'entente lie les parties mais non les tiers, qu'il s'agisse de l'autre palier de gouvernement, du tribunal, des coauteurs, des complices et des membres du public. On observe également que les tribunaux ont jusqu'à ici donné effet à ces ententes suivant des fondements juridiques différents, c'est-à-dire selon que l'entente est officielle ou officieuse ou encore que l'entente vise les moyens à mettre en œuvre pour respecter les obligations légales.

74. *Procureur général du Québec c. Minéraux Noranda Inc.*, précité, note 71, 29-30. Il n'existait alors aucune technologie connue garantissant le respect des nouvelles normes d'émission.

75. *Id.*, 30.

Les tribunaux donnent plein effet aux ententes officielles en application des immunités législatives et des principes généraux de la responsabilité. La loi qui institue un régime de négociation peut restreindre les droits des tiers et prévoir des immunités légales générales ou spéciales pour ceux qui en respectent les conditions⁷⁶. De plus, en dépit des immunités législatives particulières, le respect de l'entente officielle est un fait justificatif donnant ouverture à une défense d'autorisation administrative⁷⁷. En effet, elle est de même nature que le permis et l'autorisation. Le défaut de respecter les conditions de l'entente officielle en fait perdre la protection et les immunités et peut également être réprimé par la sanction pénale⁷⁸.

Lorsqu'il s'agit d'une entente conclue en marge des régimes de la loi, les tribunaux arrivent à la même solution, mais en vertu d'un fondement différent : ils lui donnent plein effet en ordonnant la suspension des procédures pénales entreprises par l'État, malgré le respect intégral des conditions de l'entente. L'objectif recherché est de prévenir l'abus des procédures judiciaires en contrôlant la discrétion administrative de poursuivre ou non les situations d'infraction malgré les promesses d'immunité accordées⁷⁹. Deux affaires illustrent bien cette tendance des instances judiciaires. Dans l'affaire *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and the Queen*⁸⁰, la preuve a démontré que le programme d'assainissement de la compagnie avait été approuvé en marge du cadre légal par l'administration publique ontarienne. Malgré le respect des conditions de l'entente, la compagnie fut poursuivie sous 22 chefs d'accusation lui reprochant d'avoir contrevenu à la loi environnementale au cours de la période couverte par l'entente. Les poursuites entreprises furent jugées abusives, injustes et oppressives par la Cour d'appel de l'Ontario qui rétablit la suspension des procédures ordonnée par la

76. Au Québec, le droit à la qualité environnementale accordé à l'article 19.1 L.Q.E. est restreint par les approbations administratives. De plus, l'article 19.7 L.Q.E. accorde au titulaire d'un programme ou d'une attestation d'assainissement qui en respecte les conditions une immunité à l'encontre du recours statutaire en injonction (art. 19.2-19.6 L.Q.E.).

77. *Supra*, note 18 et le texte correspondant.

78. Voir : *Procureur général du Québec c. Novi-Pêches (1987) Inc.*, précité, note 21 ; *Procureur général du Québec c. Abattoirs Lac St-Jean Inc.*, précité, note 21 ; *Procureur général du Québec c. Tioxide Canada Inc.*, C.Q. Richelieu, n° 765-27-000598-913, 16 novembre 1993, j. Bélanger. Les infractions au programme d'assainissement (art. 116.2 L.Q.E.) et à l'attestation d'assainissement (art. 31.10 et suiv. L.Q.E.) sont sanctionnées respectivement par l'article 106 et par les articles 106 et 106.2 L.Q.E.

79. Sur la doctrine de l'abus de procédure, voir *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

80. *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and the Queen*, précité, note 64.

Cour provinciale⁸¹. Dans *Procureur général du Québec c. Domtar inc.*, le tribunal a également précisé que l'administration publique ne pouvait sans préavis changer les conditions d'une entente officieuse et poursuivre pour le non-respect d'une norme légale lorsque les administrés respectent les conditions de l'entente⁸².

Enfin, les négociations et les ententes relatives aux moyens antipollution qu'un administré devrait mettre en œuvre pour respecter ses obligations législatives produisent des effets juridiques différents. Elles n'ont plus pour objet de reporter l'application du cadre légal mais plutôt de l'interpréter. Ici, aucune immunité ni aucun exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne jouent, car il appartient au tribunal de trancher les questions de droit. L'approbation officieuse des moyens antipollution retenus par un administré milite toutefois en faveur de l'exercice diligent des activités polluantes, lorsque le devoir de diligence raisonnable n'impose pas de standards plus exigeants⁸³. Ainsi, dans *Procureur général du Québec c. Minéraux Noranda Inc.*, la fonderie de cuivre fut acquittée des accusations portées contre elle parce que, le jour de l'infraction, elle avait fait preuve de diligence en utilisant et en respectant les procédés et la procédure agréés par le ministre⁸⁴.

En somme, les tribunaux donnent effet aux ententes administratives en sanctionnant les engagements des parties. L'administration publique liée par les ententes conclues par ses fonctionnaires perd des pouvoirs de contrainte importants puisqu'elles suspendent les actions publiques sur leurs objets, tant que les conditions en sont respectées. Cette jurisprudence formalise, en quelque sorte, la négociation d'ententes même officieuses et invite l'exécutif à rationaliser ses pratiques administratives et à encadrer l'action de ses fonctionnaires. Cette constatation mérite d'être commentée.

Les tribunaux se sont jusqu'à maintenant peu penchés sur les effets des pratiques des ententes administratives qui se développent dans le secteur de la gestion publique des activités polluantes. Le peu de cas présentés devant les instances judiciaires y contribue sans doute. De plus, on conçoit que les tribunaux hésitent à contrôler l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire par

81. *Id.*, 496 (j. Jessup), 498 (j. Arnup) et 498 (j. Wilson). Voir également *Procureur général du Québec c. Domtar inc.*, précité, note 67, 22 ; *Procureur général du Québec c. Balmat Canada inc.*, précité, note 63, 12 et COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 65, pp. 53-55.

82. *Procureur général du Québec c. Domtar inc.*, précité, note 67, 22.

83. *R. c. Placer Development Ltd.*, (1985) 4 F.P.R. 366, 383 (Yukon Terr. Ct) : « Reliance on specific instructions from Government officials does not constitute a defense if a reasonably prudent person, would question the implied or explicit advice from Government officials. »

84. *Procureur général du Québec c. Minéraux Noranda Inc.*, précité, note 71, 48-49.

crainte de transgresser le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire⁸⁵. Pourtant, les ententes administratives sont érigées aujourd'hui en véritable pratique de gestion dans le secteur de l'environnement, et ce, sans offrir beaucoup de garantie que la discrétion administrative sera exercée dans l'intérêt public et sans abus. Ici, les relations entre la voie administrative et la voie judiciaire méritent d'être précisées. La retenue judiciaire devrait être un frein modérateur et non pas se traduire par un refus d'intervention sans réserve aucune, comme le démontre bien ce qui suit.

Au Québec, une politique administrative dispensant de manière générale les fabriques de pâtes et papiers de l'obligation de respecter les seuils quotidiens d'émission du *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers (1981)*⁸⁶ fut assimilée à une entente administrative portant garantie d'immunité. Cette qualification est critiquable, puisque cette politique ne présente pas les caractéristiques essentielles des régimes des ententes vus précédemment. Tout d'abord, elle ne relève pas de la prérogative de l'administration publique dans l'application des lois ni du régime officiel de l'article 116.2 LQE parce qu'il ne s'agit pas d'une décision individuelle prise en aval d'une situation d'infraction. Ensuite, la politique s'apparente davantage à une entente portant substitution de norme légale, mais elle s'en distingue par son absence de base légale. Et enfin, cette politique, qui énonce par voie générale et abstraite de véritables normes de conduite, a les effets d'un acte réglementaire sans toutefois tirer son autorité d'une habilitation législative expresse.

Selon nous, il résulte de l'absence d'examen judiciaire des fondements de cette prérogative que le tribunal a omis de distinguer cette politique de l'entente officielle (art. 116.2 LQE) et officieuse portant garantie d'immunité dans le cas d'infractions déjà perpétrées et de l'entente portant substitution de norme. Par le fait même, le tribunal a cautionné l'exercice par l'exécutif d'un pouvoir de dispense en faveur d'un groupe particulier. Or, un tel pouvoir n'existe pas⁸⁷, car il équivaut à une usurpation du pouvoir législatif.

2. Les ententes négociées et la lutte contre la pollution

Les interventions administratives individualisées auprès des pollueurs jouent un rôle grandissant dans le secteur de la protection environnementale. Pour l'administration publique et les pollueurs, les relations

85. Voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, pp. 32-33.

86. *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 12. À cet égard, voir : *Procureur général du Québec c. Domtar inc.*, précité, note 67.

87. *R. c. Catagas*, précité, note 70.

individualisées favorisent la conciliation des intérêts en jeu lors de la mise en œuvre des moyens utiles pour lutter contre la pollution, clarifient la portée des obligations environnementales des administrés et constituent un moyen de prévenir la délinquance écologique. En théorie, la fin recherchée par l'entremise des relations suivies et de la négociation est légitime. Mais devant le développement de cette pratique, la question qui se pose est de déterminer si la fin justifie les moyens mis en œuvre pour l'atteindre. À titre d'exemple, on conçoit mal que l'atteinte des objectifs du développement durable soit laissée entre les mains de ceux que l'on cherche à contraindre par l'effet de la loi. Par conséquent, il apparaît qu'actuellement les avantages de la négociation d'ententes dans le secteur de la lutte contre la pollution sont exclusivement tributaires de la volonté réelle de l'État de lutter contre la pollution et de la compétence scientifique et technique de ses fonctionnaires en matière de protection environnementale.

L'analyse des motifs qui militent en faveur et à l'encontre de la pratique actuelle des ententes négociées permet de mettre en évidence l'objectif visé et les écueils de la négociation individuelle dans le secteur de la protection environnementale. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous tenterons de dégager certains des avantages (2.1) et des inconvénients (2.2) de l'entente administrative et quelques conditions nécessaires à son développement (2.3).

2.1 Les arguments qui militent en faveur de l'approche contractuelle : l'efficacité administrative, la déréglementation et la conciliation

Pour l'administration publique, les interventions individualisées auprès des pollueurs semblent constituer une tâche moins ardue et contraignante que l'élaboration de normes réglementaires et un moyen utile de gérer les activités polluantes et de prévenir la délinquance écologique (2.1.1). Pour les administrés, la collaboration et les relations suivies avec l'administration publique permettent d'aménager les normes applicables à leurs activités, de faire préciser l'étendue de leurs obligations légales et de valider leur conduite en matière de protection du milieu (2.1.2). Ces intérêts respectifs encouragent l'administration publique et les administrés à collaborer et à entretenir des relations suivies.

2.1.1 Les contraintes liées à la réglementation de la protection environnementale

En vertu des larges pouvoirs réglementaires que lui accorde la loi⁸⁸, le gouverneur est habilité à réglementer les contaminants de l'environnement et les activités polluantes. C'est, entre autres, par sa production réglementaire que le gouvernement encadre sa discrétion administrative en matière d'autorisation, de permis et d'ordonnance et qu'il précise les obligations environnementales des administrés. Or, la réglementation des contaminants et des activités polluantes est encore aujourd'hui rudimentaire. En effet, depuis 1972, seulement quatre secteurs industriels ont fait l'objet d'une réglementation particulière et ont vu ainsi leurs obligations environnementales précisées⁸⁹.

Il est apparu très tôt que la réglementation de la qualité environnementale était une tâche redoutable pour les administrations publiques chargées de protéger et de gérer la qualité des milieux ambiants. Parmi les différents facteurs susceptibles d'expliquer les difficultés rencontrées, trois facteurs particuliers liés au caractère complexe et exigeant de la réglementation environnementale retiennent l'attention.

Il s'agit d'abord de l'ampleur du programme réglementaire en cause. En effet, la protection de la qualité de l'environnement passe par la gestion des activités humaines polluantes, lesquelles sont innombrables, singulières et en constante mutation. Aussi le projet s'avère-t-il ambitieux pour les ministères de l'Environnement qui sont, au sein de nos gouvernements, de petites administrations⁹⁰. De plus, en réglementant peu, le gouvernement limite d'autant la portée des mécanismes de contrôle de l'entente parallèle sur l'environnement de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA), lesquels ne s'appliquent qu'aux règles de droit⁹¹.

Ensuite, il existe des myriades de contaminants de l'environnement et les connaissances scientifiques sur leurs effets nocifs, cumulatifs et synergiques sont limitées. À titre d'illustration, on peut citer l'auteur américain

88. Voir, par exemple, les articles 31, 31.9, 31.41, 31.52, 46, 53, 70, 70.19, 87, 92, 95 et 95.9 L.Q.E.

89. Il s'agit du *Règlement sur les carrières et les sablières*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 2, du *Règlement sur les effluents liquides des raffineries de pétrole*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 6, du *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers*, D. 1353-92, 124 G.O. 1992.II.6035, et du *Règlement sur les usines de béton bitumineux*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 25. Voir : L. GIROUX, *loc. cit.*, note 14, 59-65.

90. L.-G. FRANCOEUR, « Performance environnementale : le fédéral est recalé », *Le Devoir* [de Montréal] (13 juillet 1996) A2 : « Environnement Canada, qui fêtait cette semaine son 25^e anniversaire, est devenu le plus petit ministère fédéral ».

91. M. BÉLANGER, *op. cit.*, note 41, pp. 84-85.

John S. Applegate, lequel estime à plusieurs centaines de milliers le nombre de substances chimiques produites et à des dizaines de milliers les substances régulièrement utilisées dans le commerce. L'auteur note également l'absence de données sur la toxicité de 80 p. 100 des substances utilisées aujourd'hui⁹².

Enfin, la réglementation de la protection de l'environnement peut devenir un instrument de gestion plus exigeante que les ententes, surtout pour les gouvernements qui, comme celui du Québec, réglementent des secteurs d'activité de manière détaillée en se référant à des équipements et à des procédés industriels particuliers, tels que la machine Fourdrineir ou à forme ronde de l'industrie des pâtes et papiers⁹³. Le règlement soumis à une procédure formelle apparaît peu approprié pour régler le détail des pratiques industrielles⁹⁴. Le développement constant de celles-ci a pour effet de rendre rapidement désuètes les normes réglementaires établies en référence à des équipements et à des procédés particuliers. Selon nous, ce n'est pas le mécanisme réglementaire qui fait défaut ici, mais plutôt l'attitude du pouvoir exécutif. En dépit des difficultés, la réglementation reste, à notre avis, la voie idéale pour identifier et classifier publiquement les contaminants de l'environnement et préciser, en conséquence, les droits et devoirs des justiciables.

Dans le secteur de l'environnement, l'expérience réglementaire québécoise est limitée et encore récente. Toutefois, aux yeux de l'exécutif québécois, les écueils rencontrés sont déterminants et sonnent le glas de la voie réglementaire. Ainsi, dans un document d'orientation intitulé *Vision stratégique*, le ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec constate ceci :

Dans son action, le ministère de l'Environnement et de la Faune a misé jusqu'ici sur la réglementation plus que sur tout autre moyen d'intervention. Or, l'expérience a fait ressortir les limites à l'efficacité et à l'application concrète de l'approche de type réglementaire parce qu'elle ne vise pas toujours les bonnes cibles, qu'elle est souvent lourde pour la population, les entreprises et le Ministère et parce qu'elle s'adapte très difficilement, et souvent au prix d'une complexité encore plus grande, aux particularités locales ou régionales.

[...]

92. J.S. APPLEGATE, « The Perils of Unreasonable Risk », (1991) 91 *Colum. L. Rev.* 261, 289.

93. *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers*, précité, note 89.

94. *Ibid.* Voir : *Procureur général du Québec c. Produits forestiers canadien pacifique ltée*, C.Q. St-Maurice, n° 425-27-000126-906, 13 novembre 1990, j. Pinard : « [La] papetière fut acquittée des vingt-quatre chefs d'accusation portés contre elle parce que le règlement visait un équipement de « fabrication intégrée », alors que l'équipement utilisé par l'accusée fabriquait du carton de manière non intégrée étant donné que l'accusée n'avait pas produit toute la pâte utilisée. »

Il est donc impératif de revoir en profondeur nos façons de faire pour perdre, en quelque sorte, le réflexe réglementaire, mettre au point de nouvelles approches dans nos programmes d'intervention et orienter notre action vers les résultats les plus significatifs⁹⁵.

La solution proposée est donc de faire de la voie réglementaire un moyen de dernier recours et de privilégier de nouvelles approches, parmi lesquelles se retrouve l'entente administrative :

C'est ainsi, par exemple, que des ententes peuvent être conclues avec des entreprises ou associations crédibles sur des modes d'auto-contrôle ou sur des mécanismes efficaces de protection environnementale qui évitent le recours à un règlement ou à des inspections routinières⁹⁶.

Ce constat expéditif de l'administration publique québécoise quant à l'efficacité et au rôle du règlement en droit de l'environnement s'inscrit dans la tendance à la déréglementation de la classe politique⁹⁷. L'introduction du document d'orientation l'annonçait :

Le Ministère prend également acte de la volonté du gouvernement d'alléger le cadre législatif et réglementaire qui régit les rapports de l'État avec les citoyens [...] Sans discréditer la réglementation en matière d'environnement et de faune, il y a lieu de s'inscrire sans nuance dans le courant actuel de déréglementation et d'y apporter une contribution réelle et importante. Par ses choix stratégiques, le Ministère en prend le ferme engagement⁹⁸.

La déréglementation proposée repose sur le constat selon lequel l'approche réglementaire ne constitue pas un outil efficace en matière de gestion administrative de l'environnement. Toutefois, le bien-fondé de cette hypothèse n'a pas été démontré et le Ministère ne se revendique d'aucune étude ayant conclu à l'inefficacité de la voie réglementaire dans le secteur de la protection environnementale.

Enfin, soulignons que le Parlement fédéral s'inscrit lui aussi dans cette tendance à instituer la négociation comme mode de gestion administrative de la protection environnementale. Déposé en Chambre en décembre 1994, le *Projet de loi sur l'efficacité de la réglementation*⁹⁹ autorisait deux pratiques contractuelles dans le secteur de l'environnement : la substitution des normes et les accords administratifs. Objet de critiques sévères, ce projet de loi ne fut pas adopté. La commodité administrative recherchée par les

95. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *op. cit.*, note 3, pp. 8-9.

96. *Id.*, p. 10.

97. Sur ce thème, voir L. GIROUX, *op. cit.*, note 34 ; P. HALLEY, « Le droit, l'environnement et la déréglementation », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement (1997)*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, vol. 90, p. 343.

98. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *op. cit.*, note 3, pp. 1 et 2 (mot du sous-ministre).

99. *Projet de loi C-62*, précité, note 1.

autorités fédérales n'est pas sans rapport avec la situation qui existe au Québec. Selon F. Savage, avocat au ministère de la Justice, ce projet de loi introduisait une façon moderne de régler et de gouverner :

Despite all the often negative attention received by this Bill, the Bill aimed to further two hardly revolutionary and certainly not original ideas [...].

The first and much more significant of the above ideas, the preference for regulations based on outcomes, is now conventional wisdom among regulatory reformers, but rare in practice in Canada [...] To review the 30 000 pages of federal regulations and recast them in terms of performance objectives would be a mammoth undertaking, which would require resources beyond the capability or inclination of federal Government departments.

[...] Since most regulations are not so written, the Bill would have provided an alternative source of this flexibility¹⁰⁰.

2.1.2 Un aménagement plus souple des obligations environnementales et l'intégration des préoccupations économiques

Pour les responsables des sources de contamination, la collaboration et les relations suivies avec l'administration publique produisent des effets juridiques appréciables d'un point de vue économique. Les avantages recherchés par les administrés prennent deux formes différentes : l'immunité de poursuites (A) et l'approbation des objectifs et des moyens mis en œuvre pour lutter contre la pollution (B).

A) L'immunité de poursuite

Celui qui poursuit des activités en violation de la loi environnementale s'expose à des sanctions sévères¹⁰¹. En effet, les amendes maximales peuvent atteindre 50 000 \$ pour une première infraction et 1 500 000 \$ pour une récidive additionnelle. Il est cependant possible, pour le contrevenant, d'éviter les sanctions légales en proposant un programme d'assainissement aux autorités chargées d'appliquer la loi. L'entente des parties garantit l'immunité de poursuite pour les infractions perpétrées tant que l'administré en respecte les conditions. L'immunité est sanctionnée par l'effet de la loi et par les tribunaux¹⁰².

100. F. SAVAGE, « Bill 62, The *Regulatory Efficiency Act*: Reform Denied or Delayed ? », (1997) 10 C.J.A.L.P. 251, 252-253.

101. Art. 109.1 L.Q.E. Des peines d'emprisonnement (art. 106.1, 106.2 et 109.1 L.Q.E.), la remise en état des lieux (art. 109.1.1. L.Q.E.) et le paiement d'une amende équivalant aux avantages financiers acquis par l'infraction (art. 109.1.2 L.Q.E.) peuvent également être imposés.

102. Sur l'immunité de poursuites, voir *supra*, section 1.1 « L'attitude du législateur à l'égard de la négociation » et section 1.3 « Le respect des ententes par les instances judiciaires ».

B) *L'approbation des technologies antipollution*

Le cadre juridique de la protection de l'environnement contraint les pollueurs à échanger leurs anciennes pratiques polluantes contre des méthodes et des procédés plus respectueux de la qualité environnementale. En l'absence d'une réglementation prescrivant le détail des moyens techniques à appliquer, ils doivent eux-mêmes préciser la portée de leurs obligations et déterminer les différents moyens à mettre en œuvre pour respecter les normes d'émission réglementaires et l'interdiction générale de polluer de la loi environnementale¹⁰³.

Ce contexte général constitue une source d'insécurité pour les responsables des activités polluantes. Les décisions prises et les investissements importants engagés dans la lutte contre la pollution ne garantissent pas pour autant le respect des normes environnementales. L'approbation administrative et les ententes négociées permettent aux administrés de faire valider, en quelque sorte, deux décisions importantes. Il s'agit du choix des moyens et des technologies antipollution (i) ainsi que du calendrier d'investissement (ii).

i) *Le choix des moyens et des technologies antipollution*

En droit de l'environnement québécois, les pollueurs sont tenus d'utiliser tous les moyens raisonnables pour prévenir les infractions à la loi. Il s'agit d'une obligation de moyen qui renvoie au standard abstrait de la personne raisonnable et prudente¹⁰⁴. Cette obligation environnementale pose la question du choix judicieux des moyens antipollution. Ce choix peut se révéler difficile pour les administrés lorsque plusieurs technologies sont disponibles, chacune comportant des avantages et des inconvénients et certaines n'étant encore qu'au stade expérimental.

La simple consultation et l'approbation officieuse de l'administration publique permettent aux administrés de faire valoir plus facilement devant les instances judiciaires que les moyens retenus satisfont à l'obligation de diligence raisonnable imposée par la loi environnementale. L'affaire de la fonderie de cuivre Minéraux Noranda illustre bien l'intérêt pour les administrés de consulter l'administration publique sur le choix des équipements et des procédés¹⁰⁵. La fonderie avait mis au point un système original pour réduire et contrôler ses émissions d'anhydride sulfureux. Cependant, elle n'était pas certaine que ce système lui permettrait de faire face à ses obligations environnementales. Le ministre de l'Environnement fit examiner le système et le code d'exploitation par ses fonctionnaires et l'approuva.

103. Art. 20 *in fine* L.Q.E.

104. R. c. *Sault Ste-Marie*, précité, note 73, 1326.

105. *Procureur général du Québec c. Minéraux Noranda inc.*, précité, note 71.

Par la suite, la fonderie fit l'objet de poursuites pénales. Le tribunal l'acquitta parce qu'elle avait respecté ses obligations environnementales de manière diligente, et ce, en mettant en œuvre des moyens raisonnables pour lutter contre la pollution.

ii) *L'adoption d'un calendrier d'investissement*

Contraints par l'interdiction générale de polluer, les pollueurs ne peuvent temporiser leur devoir d'agir en matière de protection de l'environnement. Ils sont tenus d'utiliser en tout temps les moyens utiles pour lutter contre la pollution. Le respect des obligations environnementales nécessite souvent des travaux et des investissements importants et qui ne peuvent être exécutés rapidement. Or, ces inconvénients peuvent placer les pollueurs devant des situations difficiles, voire intenable : l'infraction aux normes, la réduction, l'arrêt ou l'abandon des activités polluantes.

Ici aussi, la consultation de l'administration publique et l'approbation du calendrier d'investissement permettent aux administrés de faire valider leur conduite eu égard aux prescriptions législatives. Lorsque l'administré respecte l'échéancier approuvé par l'administration publique, les tribunaux suspendent les poursuites entreprises contre eux si l'infraction est inhérente au programme d'assainissement en cours. Il s'agit alors de l'effet d'une entente officielle ou d'une application de la théorie de l'abus de procédure, à savoir que l'exécutif abuse du processus judiciaire lorsqu'il poursuit des individus pour des infractions qu'il a par ailleurs acceptées lors de l'approbation du calendrier d'investissement¹⁰⁶.

En définitive, on observe que les régimes des ententes négociées répondent à certaines des inquiétudes des administrés. L'introduction dans la loi du régime de l'attestation d'assainissement va dans cette voie : il encadre de manière officielle le choix des équipements destinés à réduire ou à éliminer la contamination de l'environnement et le calendrier d'investissement lors de la demande initiale, du renouvellement et à l'occasion des modifications apportées aux équipements¹⁰⁷. Dans ce cadre, les parties peuvent négocier l'introduction des équipements utiles et l'échéancier de mise en œuvre¹⁰⁸.

106. *Procureur général du Québec c. Balmet Canada inc.*, précité, note 63, 13-15 ; *Re Abitibi Paper Co. Ltd. and The Queen*, précité, note 64, 496 (j. Jessup), 498 (j. Arnup) et 498 (j. Wilson).

107. Art. 31.16, 31.25, 31.26 et 31.28 L.Q.E. ; et articles 2 (13) (14) et 3 du *Règlement sur les attestations d'assainissement en milieu industriel*, précité, note 42.

108. Voir par exemple : les articles 31.15 (exigences d'application d'une nouvelle norme), 31.15.1 (exigences, échéances et modalités d'un programme correcteur) et 31.15.4 (mesures nécessaires pour prévenir la contamination de l'environnement et gérer les urgences) L.Q.E.

Soulignons par ailleurs que l'attestation d'assainissement peut contenir des normes d'émission et autoriser des procédés industriels différents de ceux prescrits par les règlements du gouvernement. Pour les administrés, un tel régime offre des avantages particuliers. D'une part, il entérine officiellement la nature et la quantité des contaminants émis dans l'environnement et le choix des équipements. D'autre part, le respect de ces normes privées justifie et excuse les émissions polluantes qui en résultent.

2.2 Les objections aux régimes actuels des ententes : crédibilité, intégrité, équité et justice environnementale

L'évolution des pratiques administratives dans le secteur de l'environnement montre bien que l'approche conventionnelle s'est intensifiée au Québec, et qu'elle est en voie de devenir une pratique administrative courante. À cet égard, rappelons que, dans sa documentation d'orientation, le ministère de l'Environnement et de la Faune annonce qu'il remplacera la réglementation par une combinaison de nouveaux moyens, parmi lesquels on compte les ententes conclues avec des administrés¹⁰⁹. En raison des changements importants que cette nouvelle approche entraînera sur les modes de gestion administrative, il convient de pousser l'examen un peu plus loin et de soumettre l'approche en question à une analyse critique.

Les ententes négociées entre l'administration publique et les pollueurs soulèvent des objections à la fois sur le plan du droit et sur le plan de l'éthique. Cette pratique est contestable lorsqu'elle louvoie avec le principe de la légalité et l'équité et porte atteinte à la rationalité du droit de l'environnement. À ce chapitre, quatre objections peuvent être faites à l'encontre des ententes négociées entre l'administration publique et les pollueurs¹¹⁰.

2.2.1 L'atteinte au principe de la primauté du droit

Le but déclaré du régime des ententes négociées avec les pollueurs est de remplacer l'approche réglementaire afin d'accroître l'efficacité de la gestion administrative et de soulager le secteur privé des irritants liés à la réglementation des activités polluantes¹¹¹. Il serait juste de dire que le but de ce régime est la commodité. Aussi, la première question soulevée par la politique des ententes est de savoir si cet objectif est suffisamment important pour justifier de délaisser les avantages inhérents à la réglementation.

109. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *op. cit.*, note 3, p. 14.

110. Sur ce sujet, voir les travaux de la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, et *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*, Document de travail 60, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1988.

111. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *op. cit.*, note 3, p. 12.

Dans un État de droit, la réglementation comporte des avantages certains pour la population. La nature législative de la norme procure une certitude quant au contenu des normes applicables et contraint de façon égale tous les administrés. L'adoption des règlements s'effectue suivant une procédure prescrite et après une consultation publique¹¹². En revanche, rien n'indique que les régimes d'intervention individualisée seront plus efficaces et expéditifs que l'élaboration et la modification des normes réglementaires. En premier lieu, l'efficacité apparaît compromise par des régimes susceptibles de produire au fil des ans des centaines d'ententes particulières contenant des dispositions et des règles d'exécution variant en fonction du fonctionnaire qui les aura rédigées. De plus, il est raisonnable de croire que les négociations vont s'étendre sur de longues périodes et mobiliser de manière importante les effectifs du Ministère¹¹³. À cet égard, soulignons de nouveau que les négociations menées en vertu du régime de l'attestation d'assainissement se poursuivent toujours depuis le mois de décembre 1993.

D'une manière plus générale, la question se pose de savoir si l'objectif de commodité est suffisamment important pour primer un principe aussi fondamental que celui de la primauté du droit. Ce principe est inscrit dans le préambule de la Charte constitutionnelle où il est dit que le Canada « est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit¹¹⁴ ». En vertu de ce principe, les droits des citoyens ne peuvent être limités que par une loi liant l'administration publique et les particuliers. Les régimes des ententes malmènent et entaillent le principe de la primauté du droit, car ils accordent à l'administration publique un large pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions individuelles permettant de déroger à la loi et aux règlements.

Il y a plus de trois siècles, le droit britannique a expressément répudié les pouvoirs de la Couronne de déroger aux lois. À cet égard, le *Bill of Rights* de 1689 dispose :

- 1) Que le prétendu pouvoir de l'autorité royale de suspendre les lois ou l'exécution des lois, sans le consentement du Parlement, est illégal ;

112. *Loi sur les règlements*, L.R.Q., 1981, c. R-18.1, art. 1 : « *règlement* : un acte normatif, de caractère général et impersonnel, édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi » et article 124 L.Q.E.

113. Voir, sur ce sujet, L. GIROUX, *loc. cit.*, note 14, p. 71. ; P. HALLEY, *op. cit.*, note 97, pp. 361-362 ; COMITÉ MIXTE PERMANENT D'EXAMEN DE LA RÉGLEMENTATION, *Rapport sur le projet de loi C-62*, Ottawa, 16 février 1995, pp. 17-22.

114. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], L.R.C. (1985).

2) Que le prétendu pouvoir de l'autorité royale de dispenser des lois ou de l'exécution des lois, comme il a été usurpé et exercé par le passé, est illégal¹¹⁵.

Selon nous, la réduction des inconvénients pour les administrés et la commodité administrative ne représentent pas des objectifs suffisamment importants pour primer le principe fondamental de la primauté du droit et pour succéder à la réglementation des activités polluantes. Certes, nous n'ignorons pas que l'exécutif possède des pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuite et que la législature lui permet d'accorder certaines exemptions aux pollueurs. Il n'en reste pas moins que l'envergure et la portée des pouvoirs discrétionnaires accordés par la loi à l'exécutif ne constituent pas une réponse proportionnée à l'objectif de commodité administrative. En d'autres termes, la faculté de créer des normes privées et de suspendre l'effet des lois est un pouvoir exorbitant qui devrait être restreint aux situations qui commandent son utilisation (ex. : les situations urgentes, provisoires ou particulières), afin de porter le moins possible atteinte aux traditions fondamentales de ce pays¹¹⁶.

2.2.2 Le manque de transparence

Les ententes négociées manquent de transparence parce qu'elles sont le produit de consultations et de décisions qui ont lieu derrière des portes closes plutôt qu'au su de tous. Le manque de transparence est susceptible de rendre le processus arbitraire et inéquitable étant donné l'absence de critère d'acceptation des risques environnementaux et l'exclusion du processus de négociation des membres de la communauté qui supporteront les risques environnementaux produits par ces ententes. En effet, dans le cadre législatif actuel, la participation du public au processus d'élaboration des ententes reste symbolique : il n'intervient qu'une fois les négociations terminées et la publicité entourant les ententes est trop limitée géographiquement pour permettre la participation du public en général et des groupes de pression en matière d'environnement situés dans les grands centres urbains¹¹⁷. Enfin, le manque de transparence rend également difficile le contrôle de la légalité des ententes administratives.

115. S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette/Pluriel, 1988, pp. 489-490.

116. COMITÉ MIXTE PERMANENT D'EXAMEN DE LA RÉGLEMENTATION, *op. cit.*, note 113, pp. 5-8.

117. Y. CORRIVEAU, « L'approche volontaire : sommes-nous sur la voie de la privatisation de la protection de l'environnement et de la santé publique ? », Conférence, Montréal, 23 mai 1996, p. 8 ; L. GIROUX, *op. cit.*, note 34, pp. 425-427 ; M. BÉLANGER, *op. cit.*, note 41, pp. 88-91.

2.2.3 L'atteinte à l'intégrité du droit de l'environnement

Institué en pratique courante, le régime des ententes négociées est susceptible d'émousser la force obligatoire et l'effet dissuasif des lois environnementales. Les risques sont réels. Les administrés auront tendance à minorer leurs obligations légales sachant que l'administration publique est disposée à en négocier l'application. Ils seront également tentés de reporter sur les épaules des autorités publiques les incertitudes et les risques environnementaux liés à leurs activités, exerçant ainsi une forte pression sur les ressources humaines du Ministère et battant en brèche le principe du pollueur-payeur. De plus, les ententes officielles réduisent le droit à la qualité de l'environnement conféré au public par les articles 19.1 à 19.7 L.Q.E. et l'utilité pratique des recours accordés¹¹⁸.

Par ailleurs, les pratiques contractuelles ne concourent pas nécessairement à la promotion de conduites diligentes et prudentes, car elles substituent les prescriptions techniques à l'éthique. Sans nier la nécessité de définir des seuils d'émission chiffrés, il faut souligner que les ententes vont faire intervenir davantage et de manière importante les experts dans la définition des prescriptions techniques, qui se substitueront aux règles générales de la loi et de la réglementation. Le pollueur auquel ces normes techniques s'appliquent tend à les considérer comme des objectifs et non comme des moyennes. Il n'est pas incité à faire mieux¹¹⁹.

De plus, les ententes négociées sont également susceptibles de malmenier sérieusement l'intégrité de la loi environnementale, si la fin recherchée justifie le recours à tous les moyens¹²⁰. D'une part, la négociation individuelle peut engendrer des ententes répréhensibles en soi. C'est le cas lorsque l'entente accorde des immunités prolongées qui témoignent qu'elle n'a pas pour objet l'atteinte des objectifs de la protection environnementale mais plutôt la simple commodité administrative et financière de certaines entreprises polluantes ou de l'administration publique. Dans ce cas, l'entente négociée remet en question le caractère raisonnable de la loi et invite les autorités et les pollueurs au laxisme dans le secteur de la protection environnementale¹²¹.

118. L. GIROUX, *loc. cit.*, note 14, 70.

119. M. RÈMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire*, Paris, PUF, 1989, p. 290.

120. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, pp. 16-18.

121. Par analogie, soulignons que les tribunaux rejettent les défenses d'impossibilité fondées sur des raisons d'opportunité économique parce que ces motifs visent le caractère raisonnable de la loi : *R. c. Toronto Refiners and Smelters Ltd.*, (1976) 6 C.E.L.R. 83, 93 (Ont. Prov. Ct.); *R. c. Ford Motor Co. of Canada Ltd.*, (1973) 12 C.C.C. (2d) 8, 23 (Ont. Prov. Ct.); *R. c. Chinook Chemicals Co. Ltd.*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 559, 565-566 (Ont. Prov. Ct.); *Piette c. Gélinas*, [1983] R.L. 1, 16 (C.S.P.).

D'autre part, l'entente ne peut se justifier s'il existe une disproportion entre le contenu de l'entente et la finalité objective du droit de l'environnement. Il y a disproportion entre les moyens retenus et la fin recherchée si les délais et les normes de rejet accordés sont risqués pour la pérennité des milieux et pour la vie, la santé et la sécurité des personnes, de la faune et de la flore. L'exemple de Tioxide Canada illustre que cette éventualité n'est pas purement hypothétique. L'entente portant immunité de poursuite (art. 116.2 L.Q.E.) dont bénéficiait cette usine de pigments de titane située à Tracy, sur les berges du fleuve Saint-Laurent, lui a permis d'émettre quotidiennement dans les eaux du fleuve 246 tonnes d'acide sulfurique, 5,8 tonnes de matières en suspension, 7,2 tonnes de fer, 4,2 tonnes de titane, 3,3 tonnes d'aluminium, 234 kilos de chrome et 246 kilos de métaux lourds toxiques¹²².

2.2.4 Le caractère inéquitable du processus de négociation

Les ententes négociées compromettent l'équité en matière d'environnement. Trois aspects de l'équité sont actuellement malmenés par la tendance à la négociation individuelle.

A) *L'égalité de tous devant la loi*

La négociation individuelle favorise le traitement non uniforme des administrés, car ceux qui dirigent des activités importantes d'un point de vue économique et social auront accès plus facilement à l'administration publique et bénéficieront davantage de la souplesse des ententes administratives¹²³. Ainsi, le régime des ententes de l'article 116.2 LQE s'applique, en premier lieu, aux plus importantes sources de pollution¹²⁴. Ces régimes de négociation apparaissent contestables sur la base du droit à l'égalité de traitement devant la loi garanti par l'article 15 de la Charte constitutionnelle.

B) *L'égalité des parties en présence : la compétence technique des administrés*

Lorsque les administrés possèdent plus d'expertise que l'administration publique, la négociation risque de produire des ententes peu efficaces d'un point de vue environnemental. Dans ces circonstances, il est permis de croire que les administrés, qui connaissent bien les contaminants émis, les procédés utilisés et les risques créés par leurs activités, tenteront de limiter

122. L.G. FRANCOEUR, « Double poursuite contre un pollueur », *Le Devoir* [de Montréal] (10 mai 1991) A2 ; L. GIROUX, *loc. cit.*, note 35, 1059 ; Y. CORRIVEAU, *op. cit.*, note 117, pp. 4-7.

123. Voir : COMITÉ MIXTE PERMANENT D'EXAMEN DE LA RÉGLEMENTATION, *op. cit.*, note 113, pp. 22-24 ; M. BÉLANGER, *op. cit.*, note 41, pp. 86-88.

124. L. GIROUX, *op. cit.*, note 12, p. 30.

les contraintes environnementales pesant sur eux en négociant des normes qu'ils auront eux-mêmes définies.

C) *La neutralité des fonctionnaires*

Enfin, la tendance à la négociation individuelle peut influencer sur la neutralité des fonctionnaires de l'administration publique¹²⁵. En effet, après des relations suivies, un climat de collaboration peut s'établir entre les pollueurs et les fonctionnaires, ce qui transforme graduellement les pollueurs en « partenaires » du Ministère ou en « clients » à satisfaire. Dans ce contexte, les fonctionnaires peuvent être enclins à adopter une attitude conciliante à l'égard des pollueurs avec lesquels ils entretiennent des rapports harmonieux.

2.3 Un plaidoyer en faveur d'une réglementation accrue des pratiques contractuelles

Nous entretenons des appréhensions devant le développement actuel des pratiques contractuelles en droit québécois de l'environnement. On ne peut nier que l'exercice des pouvoirs discrétionnaires d'accorder des immunités ou de substituer des normes puisse donner lieu à des abus réels ou apparents dans le traitement des administrés et malmener le principe de la primauté du droit. Mais on ne peut nier non plus l'existence des pouvoirs de l'administration publique d'octroyer des régimes particuliers lorsqu'ils sont valablement fondés sur son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite ou sur les pouvoirs que la loi lui accorde.

Aussi, il apparaît nécessaire dans l'immédiat, sans accepter pour l'avenir les imperfections de fond des régimes contractuels, d'améliorer l'utilisation des régimes existants. Les inquiétudes manifestées au sujet des régimes législatifs (31.10 et 106 L.Q.E.) de négociation plaident en faveur d'une réglementation accrue de ces pratiques de gestion administrative des activités polluantes. En effet, il est possible de faire tomber les craintes de dissimulation, d'atteinte à la justice et d'iniquité de traitement en favorisant l'exercice rationnel et transparent des pouvoirs de négociation en cause. Pour atteindre ce but, nous proposons quelques règles fondées sur la responsabilité, la transparence, la modération et l'équité. L'élaboration des règles proposées a été guidée par deux principes généraux : 1) le pouvoir d'accorder des immunités et des normes privées est une faculté réellement exorbitante qui doit être utilisée avec circonspection ; 2) l'entente qui autorise une situation en marge de la loi peut se justifier si elle vise la réparation

125. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 65, p. 58. Voir également : COMITÉ MIXTE PERMANENT D'EXAMEN DE LA RÉGLEMENTATION, *op. cit.*, note 113, p. 27.

et la prévention des atteintes à l'environnement sans heurter l'efficacité normative et dissuasive de la loi¹²⁶.

Au Québec, le pouvoir de conclure des ententes n'est pas totalement dépourvu de contraintes réglementaires, mais celles-ci manquent d'uniformité et demeurent partielles. Sans prétendre à l'exhaustivité, les règles que nous proposons sont susceptibles de constituer un cadre général dans lequel devraient s'exercer les pouvoirs discrétionnaires en cause. Ces règles sont relatives à la formation (2.3.1) et à l'exécution (2.3.2) des ententes.

2.3.1 Les règles de formation des ententes

Le recours de l'administration publique à la négociation d'ententes avec les administrés doit être compatible avec la mission de l'État dans le secteur de la protection de l'environnement. Aussi, les règles destinées à encadrer ce pouvoir doivent promouvoir cette mission en fixant des exigences et des restrictions quant à la durée des négociations (A), à la détermination des parties (B), à l'objet (C), au contenu et à la forme des ententes (D). La plupart de ces règles se prêtent à une formulation législative.

A) La durée des négociations

Pour que la procédure soit efficace, elle doit limiter la durée des négociations. Le silence des textes actuels sur la question des délais n'est pas exempt d'inconvénients concrets. Le régime de l'attestation d'assainissement le montre bien : assujettie à ce régime depuis le mois de mai 1993, l'industrie des pâtes et papiers négocie depuis novembre 1993 les conditions de l'attestation à venir.

L'absence de restriction quant à la longueur des négociations crée un risque réel de prescription des infractions qui font l'objet de négociations en vue de la conclusion d'une entente portant immunité de poursuite. Elle invite également à négocier sans fin sur des propositions de substitution de norme et à suspendre, durant cette période, l'effet des normes qui font l'objet des discussions au nom de la bonne foi et du franc-jeu. Les propositions d'ententes devraient être soumises à l'accord du ministre dans un délai raisonnable (ex. : un an) à compter de la situation d'infraction qui en est l'objet ou de la réception d'une demande d'attestation d'assainissement.

B) Les parties à l'entente

La négociation d'entente portant garantie d'immunité ou substitution de norme n'intéresse pas seulement les parties en présence mais également

126. Voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, p. 49. Comme l'indiquent les notes subséquentes, nous nous sommes inspirée des travaux de la Commission pour arriver à la position exprimée ici.

la collectivité qui en supportera les effets et le public en général qui appréhende de perdre la protection liée à l'application systématique de la loi¹²⁷. Aussi, les ententes doivent être fondées sur l'intérêt public et non sur des motifs de commodités financières ou administratives liées, par exemple, à la concurrence, à des compressions de personnel ou à l'allègement de la charge de travail d'un fonctionnaire.

Selon nous, la prise en considération de l'intérêt public doit être réservée à ceux qui sont pourvus d'une responsabilité politique suffisante à l'exercice de cette fonction¹²⁸. En raison du caractère exceptionnel des ententes portant immunité de poursuite ou substitution de norme, c'est au ministre qu'incombe cette responsabilité. Les responsables du Ministère (sous-ministres) et du contentieux (directeur) pourraient également être habilités à conclure au nom du ministre de telles ententes. De plus, la centralisation de la prise de décision favorise l'uniformité dans le traitement des administrés et l'efficacité dans la gestion administrative des régimes particuliers.

Cette proposition de centraliser les pouvoirs de conclure des ententes désavoue la décentralisation décisionnelle appliquée par le Ministère¹²⁹. Certes, nous reconnaissons qu'en pratique ces ententes peuvent être issues des discussions entre des fonctionnaires et des administrés, mais cette situation ne devrait pas emporter le pouvoir de sceller des ententes. Les fonctionnaires sont dépourvus de la responsabilité politique nécessaire à la conclusion de ces ententes. Par ailleurs, nous comprenons que les fonctionnaires doivent jouir d'une certaine latitude dans l'exercice de leurs fonctions liées à l'application de la loi. À cet égard, des directives uniformes pourraient les autoriser à signifier pour certaines infractions un préavis d'infraction accordant au contrevenant un délai raisonnable (30 ou 60 jours) pour remédier à une situation d'infraction et réparer les dommages avant de déférer le dossier au contentieux du Ministère.

En ce qui concerne le choix de la personne ou de l'entreprise appelée à négocier une entente avec les autorités administratives, l'élaboration des règles applicables devrait être fondée sur les principes d'égalité et de modération dans l'octroi de régimes particuliers.

127. Voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, p. 13.

128. Voir à ce sujet, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, pp. 51 et 52 (recommandation 2).

129. *Règles sur les signatures de certains documents du ministère de l'Environnement et de la Faune*, Décret 59-97, (1997) 129 G.O. 5, art. 3 (1) (6) et (7). Voir également MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *op. cit.*, note 3, pp. 19-2 (chapitre 4 « La régionalisation »).

D'une part, si on admet que l'immunité de poursuite et la substitution de norme sont légitimes, il faut également reconnaître que les administrés dont les cas sont semblables doivent avoir la chance d'être traités de manière similaire. En ce qui concerne la procédure, l'application au processus administratif des règles de justice fondamentale concrétise le droit à l'égalité des chances. Les régimes de négociation prévus dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* sont assujettis au respect de l'équité procédurale¹³⁰. De plus, la mise en œuvre de la *Loi sur la justice administrative* accentuera ces exigences procédurales¹³¹.

D'autre part, le caractère exorbitant des ententes invite l'administration publique à choisir avec une grande circonspection les personnes et les entreprises qui se verront attribuer un régime particulier. Cette décision est irrémédiablement liée à l'objet de l'entente et à la situation particulière dans laquelle se trouve le cocontractant. La catégorie des cas pouvant donner lieu à une entente devrait être limitée aux engagements dont le but est de réparer ou de prévenir une atteinte à la qualité de l'environnement et qui ne constituent pas un moyen disproportionné ou répréhensible d'atteindre l'objectif législatif de protection environnementale. Plusieurs des règles de formation et d'exécution des ententes qui sont présentées ici concourent à promouvoir la prise de décision administrative opportune.

C) *L'objet des ententes*

Suivant le principe fondamental de la primauté du droit, la règle est la suivante : la loi s'applique à tous et les régimes particuliers constituent l'exception. Il serait manifestement contraire à nos traditions politique et juridique de conclure des ententes portant immunité de poursuite ou substitution de norme avec tous les administrés au nom de l'équité et de l'égalité de traitement. Du reste, à y regarder de près, les administrés assujettis à la *Loi sur la qualité de l'environnement* ne sont pas toujours, d'un point de vue moral, dans des situations semblables. Par ailleurs, chacune des deux catégories d'ententes a des objets et une portée suffisamment différents pour justifier qu'on les examine tour à tour.

i) *L'entente portant immunité de poursuite*

La mise en œuvre d'une immunité de poursuite suppose l'existence d'une source de contamination, c'est-à-dire d'une situation d'infraction. Les infractions à la loi présentent des niveaux différents de danger et de gravité pour l'environnement et le public suivant le degré d'inconduite en cause et de contamination qu'elle engendre. Prenons d'abord le cas d'une source ponctuelle de contamination. Celle-ci peut être le fruit soit d'une

130. Voir les articles 31.18, 31.19, 31.21.1, 31.22 et 116.3 à 116.4 L.Q.E.

131. *Loi sur la justice administrative*, précité, note 24, art. 2-8.

négligence légère, soit d'une inadvertance ou encore d'une conduite insouciant ou intentionnelle. De plus, la contamination de l'environnement peut être importante ou mineure, selon la nature et la quantité de substances émises et les particularités du milieu récepteur. Prenons ensuite le cas d'une source continue de contamination. La conduite qui cause l'événement initial de pollution peut être examinée de la même manière que l'événement de pollution ponctuel. À la suite de l'événement initial, la contamination de l'environnement peut se continuer malgré les mesures prises pour la maîtriser ou parce que l'administré ne fait rien pour prévenir la continuation de la pollution.

On le voit, sur le plan moral, les circonstances dans lesquelles se trouve un contrevenant ne sont pas toujours semblables et ne justifient pas nécessairement l'application du même traitement. Bien qu'il soit difficile de tracer une ligne claire entre les différentes catégories d'infractions, la prise en considération de certains critères favorise la mise en évidence d'une catégorie d'infractions mineures pour laquelle l'immunité de poursuite pourrait plus aisément se justifier.

Selon nous, la décision de conclure une entente portant immunité de poursuite devrait tenir compte des circonstances suivantes¹³² : 1) la gravité de l'infraction à la loi en considérant les peines prévues et l'étendue des dommages réels et appréhendés à l'environnement, aux êtres vivants et aux biens ; 2) la gravité du comportement en fonction du degré d'inconduite et des antécédents du contrevenant ; 3) la pertinence des engagements souscrits par l'administré afin de réparer les dommages causés et d'éviter le retour de l'infraction ; 4) l'examen des autres moyens d'atteindre les objectifs législatifs en prenant en considération les intérêts des victimes et du public ; 5) l'examen des observations de toute personne. À notre avis, l'immunité de poursuite devrait être réservée aux infractions mineures. Elle permettrait alors de régler rapidement des infractions mineures qui risqueraient de rester impunies ainsi que d'assurer la réparation des dommages et la prévention d'éventuelles récidives. L'immunité devrait être refusée lorsque les circonstances sont graves ou ne justifient pas clairement de déroger au régime légal de protection environnementale. Dans ce dernier cas, l'intérêt de la société dans l'application régulière de la loi l'emporte sur la recherche de l'efficacité et de la commodité administratives par l'entremise d'une entente portant immunité de poursuite.

Enfin, soulignons que, si les autorités publiques cherchent à ériger le régime des immunités contre les poursuites en programme de déjudiciarisation, il conviendrait qu'elles élaborent des règles d'admissibilité ou des

132. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 113, pp. 52-58 (recommandations 3 et 5).

listes d'infractions assujetties afin de subordonner ce programme aux besoins et aux intérêts de la société¹³³.

ii) *L'entente portant substitution de norme*

Cette entente suppose l'abandon de textes législatifs au profit de normes négociées privément. Au niveau des principes, ces ententes malmènent la primauté de droit, l'équité et l'égalité de traitement. Cette situation est aggravée du fait que la négociation peut viser les objectifs de protection de la qualité environnementale. En effet, la loi accorde le pouvoir de substituer « des normes relatives au rejet de contaminants adoptées par le gouvernement ou une municipalité¹³⁴ » sans imposer de restriction quant à la teneur des normes pouvant être substituées. Sur le plan moral, il est pourtant possible de distinguer et de traiter différemment les ententes de substitution suivant que celle-ci vise : 1) une norme qui identifie des contaminants ou des seuils d'émission à respecter ; ou 2) une norme qui prescrit les moyens à mettre en œuvre pour respecter les normes d'émission appartenant au premier groupe.

Dans le premier cas, le bilan critique est relativement sombre. Selon nous, la décision administrative de portée individuelle est un outil de gestion trop discrétionnaire et discriminant pour définir les objectifs fondamentaux de la loi environnementale et pour gouverner les justiciables de manière juste et équitable. De plus, la faculté de créer des normes privées de rejet n'est pas formellement subordonnée à l'obligation de prendre en considération l'intérêt de la société, des victimes et des tiers¹³⁵. Enfin, les objectifs d'efficacité et de commodité administratives poursuivis n'apparaissent pas suffisamment importants pour justifier de délaisser les avantages inhérents à la réglementation des contaminants de l'environnement¹³⁶. À notre avis, la négociation privée des normes identifiant les contaminants de l'environnement et prescrivant les seuils d'émission ne devrait être autorisée qu'exceptionnellement et seulement pour une courte période de validité. Il

133. Par analogie, voir les articles 717 à 717.4 C.cr., l'article 4 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), c. Y-1 et le *Programme de mesures de rechanges autorisé pour les jeunes contrevenants*, D. 788-84, 116 G.O. 1984.II.1825 modifié par décret le 7 janvier 1994.

134. Art. 31.15 L.Q.E.

135. Suivant les termes de l'article 31.15 L.Q.E., la substitution vise les normes légales que le ministre juge insuffisantes pour assurer une qualité adéquate du milieu récepteur ou pour éviter de soumettre les êtres vivants à des risques inacceptables imputables à la toxicité des contaminants.

136. *Supra*, section 2.2.1 « L'atteinte au principe de la primauté du droit ».

s'agirait en quelque sorte d'un régime normatif transitoire. La raison est assez simple : si une norme privée vaut pour un administré, elle vaut également pour tous ceux qui sont dans une situation semblable et le meilleur moyen d'agir est de modifier la norme légale en conséquence.

Le contexte législatif est tout autre. Rien ne permet de croire que les ententes conclues dans le cadre du régime de l'attestation d'assainissement aient pour objectif de gérer des situations temporaires. Au contraire, la loi autorise le ministre à signer et à renouveler des attestations contenant des normes privées de rejet pour une durée de cinq ou dix ans¹³⁷. Selon nous, ces normes privées susciteront la critique et la suspicion aussi longtemps qu'elles seront issues d'un processus décisionnel qui donne, lors de l'élaboration des objectifs stratégiques de protection de la qualité environnementale, préséance aux intérêts particuliers de ceux que la loi cherche à contraindre. La prise en considération de l'intérêt général apparaît réduite, dans le cadre des négociations privées incidentes à la demande d'un permis administratif, à n'être qu'un mythe. Pourtant l'intérêt général, lorsqu'il s'agit de la préservation des ressources naturelles et de l'équilibre écologique, est l'objet non seulement de revendications industrielles, mais également de revendications collectives et particulières. Il est souhaitable que les conflits des intérêts particuliers, entre eux et avec l'intérêt général, soient résolus selon un processus décisionnel plus propice à la participation du public. Cela ne peut se réaliser dans le cadre législatif actuel : la publicité et la participation publique entourant la délivrance d'une attestation d'assainissement sont trop réduites¹³⁸.

Ce qui importe maintenant est de progresser vers davantage de transparence et une plus grande prise en considération des droits collectifs et des tiers à la qualité de l'environnement. Nous n'entrerons pas ici dans le détail des processus décisionnels appropriés. Il convient néanmoins de signaler l'existence de quelques façons de procéder susceptibles d'assurer, à des degrés divers, la communication de l'information et la participation du public : l'appel devant une instance judiciaire ou administrative ; les audiences publiques du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE)¹³⁹ ; les procédures alternatives de règlement des

137. Art. 31.27 L.Q.E.

138. Art. 31.20 (un seul avis est publié dans un quotidien ou un hebdomadaire diffusé dans la région où se trouve l'établissement industriel) et 31.21 (le public a 45 jours pour prendre connaissance du dossier et faire valoir son point de vue au ministre qui participe aux négociations) L.Q.E. Voir L. GIROUX, *op. cit.*, note 34, pp. 423-427.

139. Art. 31.3 L.Q.E. ; *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 9 ; *Règles de procédure relatives au déroulement des audiences publiques*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 19.

différends¹⁴⁰; etc. Nous soumettons que, à tout le moins, il serait souhaitable que les ententes et leur suivi soient publics et que toute personne, tout groupe ou toute municipalité puisse en contester le caractère raisonnable devant une instance indépendante des autorités administratives qui entérinent les normes privées de contamination.

Dans le deuxième cas, la décision administrative de substituer des normes prescrivant les moyens à mettre en œuvre est encadrée par les objectifs contenus dans les normes d'émission. Aussi, ces ententes ont un objet moins condamnable que celles qui appartiennent à la première catégorie. Mais elles restent sujettes à caution, car il y a autant de façons d'atteindre les normes d'émission que les parties peuvent en exprimer, de telle sorte que n'importe quels moyens retenus peuvent être jugés conformes. Selon nous, ces ententes ne devraient pas être utilisées comme outil de gestion courante dans le secteur de la protection de l'environnement, pour la simple raison que la faculté accordée à l'administration publique de se substituer aux autorités habilitées à édicter des normes est exorbitante. Cette faculté devrait être réservée aux cas d'espèce pour lesquels une dérogation de cet ordre se justifie clairement. De plus, la charge de convaincre qu'une activité commande une norme particulière et que les moyens antipollution proposés respectent les objectifs de protection environnementale devrait reposer sur les épaules du promoteur.

À l'échéance de l'attestation d'assainissement, l'administration publique devrait examiner les résultats liés aux moyens autorisés et apprécier l'opportunité de modifier ses règlements en conséquence. Ces ententes ne devraient être renouvelées que si l'expérience a été positive et que des motifs justifient la reconduction de la norme privée. Enfin, ce régime de négociation ne devrait jamais permettre l'utilisation de technologies au stade expérimental ou dont la performance n'est pas reconnue comme étant aussi élevée que les moyens substitués. Soulignons que, si la négociation des moyens antipollution devait devenir un outil de gestion courante, il conviendrait que ces ententes soient publiques et que le public puisse participer à l'arbitrage des intérêts en cause.

En résumé, le régime législatif de l'attestation d'assainissement devrait être modifié afin d'encadrer davantage le pouvoir exorbitant qu'il accorde au ministre de substituer une norme privée à une norme légale. Plus particulièrement : 1) la décision administrative devrait être subordonnée à des conditions d'ouverture plus exigeantes (ex. : servir l'intérêt de la société ; éviter de porter atteinte aux droits collectifs et des tiers ; tenir compte de

140. Voir à titre d'exemple la loi américaine *Alternative Means of Dispute Resolution in the Administrative Process*, Public Law, 101-552.

l'urgence et des situations particulières) ; 2) le régime devrait distinguer les normes qui identifient les contaminants de l'environnement et fixent les seuils acceptables d'émission, des normes qui prescrivent les moyens de les respecter, et assujettir les premières à des conditions d'ouverture et des échéances plus strictes ; 3) les informations relatives à ces normes privées devraient être publiques ; 4) si l'élaboration des normes privées ne vise pas seulement la gestion de situations temporaires (urgences ou norme transitoire), le processus de négociation devrait faire contrepoids à l'apparente commercialisation du droit en assurant la participation du public et la prise en considération des droits collectifs et des autres droits particuliers en jeu¹⁴¹.

D) *Le contenu et la forme des ententes*

Afin de réduire les craintes de dissimulation et de traitement inéquitable des administrés, le contenu et la forme des ententes devraient être soumis à des obligations plus formalistes et être plus facilement accessibles au public. Ces exigences constituent un moyen de limiter les objets de la négociation et de concrétiser l'exercice rationnel des pouvoirs d'accorder des régimes particuliers.

Les ententes devraient : 1) être consignées par écrit ; 2) identifier clairement les parties ; 3) décrire avec précision les engagements respectifs des parties afin d'éviter qu'elles n'aient dans le temps une portée plus large que celle recherchée au départ ; 4) préciser les conséquences du non-respect des conditions et des échéances ; 5) exiger de l'administré qu'il atteste la véracité de ses engagements ; 6) exiger de l'administré qu'il fournisse des garanties financières à l'égard de l'exécution de l'entente et des risques de dommages à l'environnement et aux tiers ; 7) être signées par l'administré et l'autorité administrative compétente¹⁴². Selon nous, la formulation écrite et la signature doivent être comprises comme des formalités touchant la validité de l'entente ; l'inobservation de celles-ci emporte l'inexistence de l'entente. De plus, tant que ces conditions ne sont pas accomplies, les autorités responsables peuvent répudier les engagements pris par des personnes non autorisées.

Enfin, l'exercice rationnel et modéré de ces pouvoirs exorbitants a pour corollaire la transparence et la responsabilité. Aussi, le contenu des ententes écrites devrait en tout temps être accessible au public. Et le ministre de l'Environnement et de la Faune devrait être tenu de rendre compte, chaque année, de l'exercice de ces pouvoirs en déposant devant l'Assem-

141. L. GIROUX, *loc. cit.*, note 14, 71-72.

142. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 62, pp. 62-69 (recommandations 9, 10, 11 et 12).

blée nationale un rapport relatif aux régimes des ententes et indiquant comment les pouvoirs d'accorder des régimes particuliers sont exercés et quels sont les résultats obtenus¹⁴³.

2.3.2 Les règles d'exécution des ententes

Afin de s'assurer que l'entente atteindra l'objectif visé de réparation et de prévention de la qualité environnementale, des règles uniformes devraient en encadrer l'exécution, le terme et le renouvellement. Ces règles devraient recevoir une formulation législative.

L'exécution des ententes accordant des régimes particuliers doit être surveillée par l'administration publique. Outre leurs pouvoirs d'inspection et d'enquête¹⁴⁴, les autorités responsables doivent être habilitées à contraindre les cocontractants à tenir des registres et à communiquer périodiquement au Ministère l'information relative à l'exécution de leurs engagements et aux effets de leurs activités sur les milieux récepteurs. Elles doivent également être en mesure de modifier et même de suspendre et de révoquer une entente. Actuellement, la *Loi sur la qualité de l'environnement* accorde au ministre des pouvoirs à cette fin¹⁴⁵, lesquels gagneraient à être harmonisés avec les dispositions du régime de l'attestation d'assainissement.

Comprises comme un moyen exorbitant d'atteindre les objectifs législatifs, les ententes doivent être d'une durée déterminée et les possibilités de renouvellement limitées. Ces modalités sont partiellement réglementées dans la loi et la réglementation. Pour les activités assujetties au régime de l'attestation d'assainissement, la loi dispose que les ententes portant immunité de poursuite ne peuvent excéder deux ou trois ans selon les circonstances¹⁴⁶. Quant aux immunités accordées par le programme d'assainissement de l'article 116.2 L.Q.E., elles ne sont soumises à aucune restriction en matière d'échéance, sauf si l'immunité vise un lieu d'élimination de neige usée¹⁴⁷.

Les ententes portant substitution de norme sont soumises aux modalités de l'attestation d'assainissement. À ce titre, elles sont délivrées pour

143. *Id.*, pp. 75-76 (recommandation 16) et l'obligation du solliciteur général de faire rapport annuellement de l'exercice de ses pouvoirs en matière d'interception des communications privées : art. 195 C.cr.

144. Art. 119-121 L.Q.E.

145. Art. 31.25, 31.26, 31.29 et 122.1-122.4 L.Q.E.

146. Art. 31.15, al. 3, 31.15.1, al. 3 et 4, 31.26 L.Q.E.

147. *Règlement sur les lieux d'élimination de neige*, D. 1063-97, 129 G.O. 1997.II.5765. L'échéance ne peut excéder le 1^{er} novembre 2002 (art. 1, al. 2). Toutefois, si le lieu d'élimination est établi en tout ou en partie sur la rive d'un plan ou cours d'eau, l'échéance est fixée au 1^{er} novembre 2001 (art. 2 (3)).

une période de cinq ou dix ans et peuvent être renouvelées¹⁴⁸. En l'absence d'échéances particulières, la substitution de norme devient en pratique un mécanisme de substitution du pouvoir réglementaire. Ce résultat s'écarte trop de nos traditions politique et juridique pour que l'on élève ces ententes au rang de régime administratif courant. Pour cette raison, nous soumettons que la substitution privée de normes légales ne se conçoit comme moyen de gérer la qualité environnementale que si elle est temporaire. Dans ce cadre, l'entente portant sur des normes d'émission constitue un régime provisoire destiné à être remplacé par des normes réglementaires. Un délai de trois ans paraît suffisant à cette réflexion normative. Quant à l'entente portant sur les moyens à mettre en œuvre pour respecter les normes d'émission, elle devrait être réexaminée dans un délai raisonnable. Une échéance de cinq ans permettrait au gouvernement de faire le bilan de l'expérience et de déterminer s'il convient de réglementer ces pratiques.

Conclusion

Au terme de notre étude sur les pratiques contractuelles dans le secteur de la protection de l'environnement, il apparaît difficile de faire un bilan définitif sans tomber dans les simplifications abusives. Ces pratiques sont diversifiées et restent encore mal connues. Des enseignements peuvent néanmoins être tirés sur la fin recherchée, les moyens retenus et l'incidence de ces pratiques sur le droit de l'environnement.

Le premier enseignement est qu'il apparaît que la gestion administrative, par l'intermédiaire des solutions négociées, existe véritablement dans le secteur de la protection de l'environnement. Elle se fonde sur des régimes statutaires et les prérogatives de l'administration publique dans l'application des lois environnementales. Pour l'administration publique, les interventions individualisées et la conciliation des différends constituent une façon parmi d'autres d'assurer l'observation progressive de la loi et d'atteindre les objectifs législatifs. Conçue et mise en œuvre de façon mesurée, l'approche conciliant négociation et mise en application peut représenter un moyen utile de lutte contre la pollution.

Le deuxième enseignement vise les moyens mis en œuvre pour atteindre les objectifs poursuivis. Le pouvoir d'accorder des immunités et de substituer des normes légales est une faculté exorbitante qui se justifie si l'administration publique n'utilise de ce pouvoir qu'avec mesure et circonspection. L'étude révèle que, en l'absence d'un cadre juridique plus contraignant, les pouvoirs conférés aux autorités administratives apparaissent ici trop étendus. Ainsi, le droit de modifier, par un processus privé de négocia-

148. Art. 31.28 L.Q.E.

tion, les normes légales, adoptées au bénéfice de tous, n'offre aucune justification en droit de l'environnement susceptible de compenser l'atteinte à la primauté du droit, à l'intégrité du droit de l'environnement et à l'équité fondamentale. De plus, la gestion des activités polluantes, par des ententes administratives, risque de devenir incontrôlable, de produire des ententes répréhensibles en soi et de malmener le principe d'égalité de traitement entre les administrés. Enfin, pour la population en général et les communautés qui subiront les effets des ententes administratives, la gestion privée de la qualité environnementale est suspecte et dénuée d'intérêt : le manque de transparence des régimes contractuels, l'absence de mécanisme de révision du caractère raisonnable des ententes et les limites liées au contrôle judiciaire de la légalité sont autant d'inconvénients rencontrés par les tiers et qui militent à l'encontre de ce mode de gestion.

Enfin, le troisième et dernier enseignement s'intéresse au rôle et à la place de l'entente administrative dans la protection environnementale. Érigé en pratique courante, le régime des ententes administratives élaborées selon le procédé classique de la négociation entre parties intéressées est susceptible d'émousser la force obligatoire du régime juridique de la protection environnementale. La pratique courante des ententes négociées ouvre la voie aux conduites passives des pollueurs devant les obligations légales. La recherche de la conciliation des intérêts risque en effet d'annuler les gains progressifs consentis à l'environnement par l'industrie : elle mine ainsi une toute nouvelle tradition. Cette crainte est réelle. En 1994, le sondage KPMG sur la gestion environnementale au Canada révèle que 95 p. 100 des chefs de société participants considèrent que la conformité avec la réglementation est le principal facteur de motivation, suivi par la responsabilité personnelle des administrateurs et des dirigeants pour 69 p. 100 d'entre eux. Il ressort du sondage que les sociétés participantes ne prennent des mesures que lorsque la réglementation l'exige ou lorsque des incidents se produisent¹⁴⁹.

En définitive, les moyens et les effets de la négociation privée soulèvent des appréhensions. Les raisons de commodité administrative ne justifient pas, selon nous, de donner la primauté aux négociations privées sur les droits des tiers à la qualité de l'environnement. L'erreur de l'administration publique est de procéder comme si elle était le seul détenteur de l'intérêt général, réduit dans le cadre de ces négociations à n'être qu'un mythe. L'intérêt général réclame la définition d'objectifs qui ne soit pas arbitrée uniquement en fonction des intérêts particuliers de ceux que la loi cherche

149. SERVICES ENVIRONNEMENTAUX KPMG, *Sondage sur la gestion environnementale au Canada*, Toronto, 1994.

à contraindre. Il nous apparaît que les autorités publiques devraient faire une évaluation plus sérieuse des inconvénients et des avantages des ententes administratives avant d'en faire un outil de gestion courante dans le secteur de l'environnement et garantir plus largement les droits du public et leur exercice.